

# تكملة المجموع شرح المهذب

للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي

تأليف

الإمام تقي الدين أبي الحسن علي بن عبد الكافي السبكي

المتوفى سنة ٧٥٦ هـ

تحقيقه وتعليقه

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الدكتور أحمد عيسى حسن المعصراوي
الدكتور حسين عبد الرحمن أحمد
الدكتور محمد أحمد عبد الله
الدكتور مجدي سرور باسلوم
الدكتور أحمد محمد عبد العال
الدكتور بدوي علي محمد سيد
الدكتور إبراهيم محمد عبد الباقي

الجزء الثاني عشر

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان





الطبعة الأولى
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد: ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ère Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3708-5




http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

## مسائل المعدن

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كان فى الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة - دخل فى البيع؛ لأنه من أجزاء الأرض، وإن كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار - فهو كالماء مملوك فى قول أبى على بن أبى هريرة، وغير مملوك فى قول أبى إسحاق، والحكم فى دخوله فى البيع على ما بيناه فى الماء، وإن باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة - لم تدخل فى البيع؛ لأنها ليست من أجزاء الأرض، ولا هى متصلة بها، فلم تدخل فى بيعها.**

**الشرح**: والنفط [بكسر النون وفتحها، والفتح أفصح، وهو دهن كريه الرائحة] والقار [ دهن أسود لزج يتخذ للسفن، يقال: قار، وقير].

**أما الأحكام**: ففيه مسألتان:

**إحداهما**: المعدن على قسمين: باطن وظاهر، وقال القاضى أبو الطيب والماوردى: جامد، وذائب.

**القسم الأول**: الباطن. قال صاحب «الاستقصاء»: أى غير متميز عن الأرض كالذهب، والفضة، والفيروزج، والرصاص، والنحاس، وسماها القاضى أبو الطيب والماوردى: معادن الجامدات فيدخل فى بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقية أجزاء الأرض، إلا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب، ولا معدن الفضة بالفضة، ويجوز بغير الأثمان قولا واحدا، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب؟ فيه قولا الجمع بين بيع وصرف، قاله الرويانى.

**والقسم الثانى**: المعدن الظاهر، أى المتميز عن الأرض، وهى أعين للمائع، كالنفط، والقار، والموميا، والملح، والكبريت، والزئبق، والكلام فيه كالكلام المتقدم فى الماء حرفا بحرف، وممن ذكر المسألة - كما ذكرها المصنف - الشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب، والماوردى، والمحاملى، والرافعى، وغيرهم، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى الماء.

قال ابن الرفعة: وحمله على ذلك قول الإمام: إذا باع الأرض وفيها معدن؛ فما يتجدد بعد البيع للمشترى، وما كان مجتمعا؛ فهو للبائع ولا تردد فيه، بخلاف الماء، فإن من الناس من قال: لا يملك.

قلت: فإن أراد الإمام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا؛ لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز، وإن أراد به لا يملك ما دام فى البئر؛ فالمعدن كذلك عند أبى إسحاق القائل بذلك فى الماء، كما صرح به المصنف- هنا - وغيره.

وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه فى بيع الدار المشتملة على المعدن، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط.

**المسألة الثانية**: إذا باع أرضا فيها ركاز - أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الإسلام - لا يدخل فى البيع، ولا يحل للمشترى أخذه إذا وجده؛ لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه.

**والظاهر**: أنه لمن ملكت منه الدار، فإذا ادعاه؛ فهو له، وإن لم يدعه؛ فهو لمن ملكه البائع منه، وعلى هذا أبدا.

هكذا ذكر الشيخ أبو حامد، والمحاملى، وغيرهما من الأصحاب.

**المسألة الثالثة**: الأحجار على ثلاثة أقسام:

**الأول**: أن تكون مخلوقة فى الأرض، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها، ثم هى على ثلاثة أضرب:

**الأول**: أن يضر بالزرع والغرس جميعا؛ فهو عيب إذا كانت مما يقصد لذلك، وفيه وجه: أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة، وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع.

قال المتولى: فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له فلا خيار، وينبغى أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع، وإلا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه، وليس كالإجارة.

**الضرب الثانى**: يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان:

**أحدهما**: أنه عيب.

**والثانى - ويحكى عن أبى إسحاق المروزى -**: أنه ليس بعيب، ولا خيار فيه؛

لأن الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع، دون الغرس؛ لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما.

قال الروياني: وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع.

قال الماوردي: والأصح عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع؛ فليس هذا بعيب، وإن كانت مرصدة للغرس - فهذا عيب؛ لأن العرف المعتاد يجري مجري الشرط.

قال: ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل، فلا يكون في الجواب اختلاف، لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندي.

**قلت**: وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه، وهو يقتضي أنها إذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضي بين البنيان في كثير من المواضع؛ فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب، ولذلك شرطنا في أول الكلام - تبعا للرافعي - أن تكون مقصودة للغراس والزرع، واستثنى هو - أيضا - أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع، والله أعلم.

**الضرب الثالث**: ألا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض؛ فليس هذا بعيب، ولا خيار للمشتري.

**القسم الثاني**: من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض كالتي تكون في أساسات الجدارات وما أشبهها، فهي داخلة في البيع أيضا؛ لأنها موضوعة للاستدامة، وهذا على المذهب في أن بيع الأرض يستتبع البناء.

والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفا بحرف، كما اقتضاه كلام الإمام وغيره.

قال في البحر: وكذلك إن كان البناء منهدما، أو كانت في طي بئر خراب، وهذا الكلام في الدخول.

وأما كونها عيبا فقد جعلها الرافعي من الشرط في كونها عيبا إذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة.

وأما الماوردي فإنه قال: إن الغالب فيما بني على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس؛ لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها، قال: فإن كانت كذلك؛ فلا خيار، وإن كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع؛ فللمشتري الخيار على ما مضى إلا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار.

أما إذا أثبتنا الخيار فاختار إتمام البيع، فإنه يمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن.

**القسم الثالث**: أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف، وقيل: إن ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها، ولا خلاف أنها لا تدخل فى بيع الأرض كالكنوز والأقمشة، نص عليه الشافعى - رضى الله عنه - والأصحاب.

وقول المصنف: «ليست من أجزاء الأرض» احتراز من المعدن.

وقوله: «ولا هى متصلة بها» احتراز من البناء والغراس.

ثم لا يخلو المشترى: إما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا، إن كان عالما؛ فلا خيار له فى فسخ العقد، وإن تضرر بقلع التابع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية، ودخل فى العقد إما تبعا أو مع التصريح، وللبائع النقل، وإن أضر بالمشترى بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل فى العقد، أو الذى أحدثه المشترى بعده أو لم ينقص، وإن أبى البائع القلع؛ فللمشترى إجباره عليه، سواء كان تبقيتها تضر أو لا.

وفى الوسيط حكاية وجه: أنه إذا لم يتضرر؛ لم يجبره على النقل، وسيأتى مثله فيما إذا كان جاهلا.

والصحيح الأول، وأن للمشترى إجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع، فإن له أمدا ينتظر، ولا أجرة للمشترى فى مدة القلع والنقل وإن طالت، كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها؛ لا أجرة له فى مدة النقل والتفريغ، ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض.

وإن كان المشترى جاهلا بالحجارة؛ فللحجارة بالنسبة إلى الضرر فى قلعها وتركها أحوال أربعة:

**أحدها**: أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع، وقلعها غير مضر؛ لأنه لم يحصل فى الأرض غراس ولا زرع فالبيع لازم، ولا خيار للمشترى، وللبائع النقل، وللمشترى إجباره عليه على المذهب، وحكى الإمام وجها ضعيفا: أنه لا يجبر، والخيرة للبائع، والمذهب الأول. قال الأصحاب: فلو سمح بها للمشترى لم يلزمه القبول؛ لأنها هبة محضة، والرافعى أطلق تصوير المسألة فى نفى الضرر فلم يحتج إلى زيادة على ذلك، والماوردى أراد بالضرر: الزرع، والغراس، فلذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره، وهو أنه إذا قلعها - فإن كان

المشترى عالما بالحجارة - فلا أجرة له على البائع فى مدة القلع؛ لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى، كتبقية ثمرة البائع على نخل المشترى، وإن كان المشترى غير عالم بالحجارة فإن كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه، قاله الماوردى وغيره، فلا أجرة على البائع وإن كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنيجى.

فإن كان بعد قبض المشترى؛ وجب على البائع أجرة المثل على الصحيح، لتفويته على المشترى منفعة تلك المدة، وهل يجب عليه تسوية الأرض وإصلاح حفرها بقلع الحجارة؟ فيه طريقان:

**إحداهما**: القطع بالوجوب، وهو قول الماوردى.

**والثانية**: على وجهين فى التتمة، ولا خيار للمشترى، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض؛ وجب الأرش ولا خيار.

وإن كان قبل قبض المشترى؛ ففى وجوب الأجرة على البائع وجهان:

**أحدهما**: نعم، كما بعد القبض.

**والثانى** - ونسبه الماوردى إلى جمهور أصحابنا -: أنه لا أجرة عليه؛ لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشترى بيد البائع على الأرض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية.

فأما تسوية الأرض وإصلاح حفرها ففيه طريقان، قال الماوردى: فلا يجب على البائع وجها واحدا، لكن يجب بذلك للمشترى خيار الفسخ؛ لأنه عيب، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض.

وقال غيره: فيه وجهان.

**الحالة الثانية**: أن يكون تركها مضرًّا لقربها من عروق الغراس والزرع، وقلعها مضر لما فى الأرض من غراس وزرع، فإن كان المشترى عالما بالحجارة وبضررها فلا خيار له فى الفسخ، ولا أجرة له فى القلع، وإن كان جاهلا - إما بالحجارة وإما بضررها، وإما فى القلع، وإما فى الترك - فله الخيار، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب.

وقال الرافعى: للمشترى الخيار سواء جهل أصل الأحجار، أو كون قلعها مضرًّا، فأغفل قسما آخر لم يشمله كلامه: وهو ما إذا كان عالما بالأحجار ويكون قلعها مضرًّا وَلكن جهل كون تركها مضرًّا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار، وليس كذلك؛ لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع فى ذلك، وقد يطمع فى أن البائع

يتركها فلا يحصل ضرر إذا علم ذلك.

فإذا ثبت الخيار: قال الأصحاب: لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار، لما في بقائها من الضرر، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشترى: لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب.

**أصحهما** - عند الإمام والرافعى -: لا، كما لو قال البائع: لا تفسخ لأغرم لك الأرش، ثم إن فسخ؛ رجع بالثمن وإلا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده، هكذا قال الرافعى.

وقد تقدم عن الماوردى: أنه إذا كان قبل القبض؛ لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار، وكذلك صرح به ههنا هو والشيخ أبو حامد، ورجحه الرويانى.

أما بعد القبض؛ فتجب التسوية على المشهور، وقد تقدم ذكر وجهين فى التتمة وفى أجرة النقل ثلاثة أوجه.

**ثالثها**: وهو الأظهر، وهو قول أبى إسحاق المروزى على ما نقله أبو الطيب: الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب، أو بعده فيجب، والصحيح عند الشيخ أبى حامد: أنها لا تجب مطلقا.

والكلام فى وجوب الأجرة والتسوية فى هذا القسم والذى قبله واحد، وكذلك لم يتكلم الرافعى عليه إلا فى هذا القسم.

واعلم أن الرافعى - رحمه الله تعالى - أطلق الخلاف فى وجوب الأجرة هكذا، ومن جملة أقسام ما: فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها، مع أن الرافعى أطلق أولا أيضا: أنه متى كان عالما بالحال؛ فلا أجرة، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس، فالصواب فى بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله، والقاضى أبو الطيب والماوردى جعلا محله إذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فإن كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها؛ فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر، ولا يستحق الأجرة، وإن أقام لعلمه بالحجارة، وأن العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى، وكذلك قال فى القسم الذى تقدم، وينبغى أن ينزل كلام الرافعى على هذا التفصيل، فإنه مع العلم بالحجارة يمنع إيجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة، وزمان تفريغ الدار من القماش، وما أشبه ذلك.

قال الرافعى: ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرش لو بقى فى الأرض

بعد التسوية نقصان وعيب، وكذا قاله القاضى حسين، فسلكا بالأرش مسلك الأجرة، ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة، بل أوجبوها مطلقا، وكذلك الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم أطلق وجوب التسوية، وهو الذى قاله المحاملى، والقاضى حسين، والإمام، وابن أبى هريرة - أيضا - أوجب التسوية قبل القبض، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعى، وقد يقال فى الفرق: إن المنافع والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن؛ فلذلك ثبت له الخيار فقط؛ لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالآفة السماوية.

وأما الحفر فى الأرض فإنه أذهب بعض أجزاء المبيع؛ لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه إعادتها، ولذلك قال ابن الرفعة: خيال ضعيف، ثم هو غير مستمر؛ لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء، فينبغى انفساخ العقد فيه وليس كذلك، وإن كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة العيب ولا يلزمه، وإيجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد، والله أعلم.

وممن صرح بأن الأرش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الإمام: أنه حكى فى الأرش الأوجه الثلاثة التى فى الأجرة، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنيًّا على جناية البائع.

إن قلنا كالآفة السماوية؛ لم يجب، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردى، وهو الصواب. وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض؛ لأن التسليم فى القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضع الجوائح، والشافعى - رحمه الله تعالى - فى الأم أطلق وجوب التسوية، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده، ولذلك قال ابن الرفعة: إن الذى يقع فى النفس صحته الجزم بوجوب التسوية، والإجبار عليها كما هو ظاهر النص وقول الجمهور، ولا نظر إلى ما بعد القبض وقبله، فإن التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب. انتهى.

واعلم أن الشافعى والأصحاب - رضى الله عنهم - المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما إذا كانت مواضع الأحجار تحتاج فى تسويتها إلى تراب آخر هل يلزم البائع إحضاره من خارج؟ أو تسويتها ببقية الأرض؟ أو يعيد إلى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة؟ وإن لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة

المتقدم، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر، فإنه لا تسوية فيه لا سيما إذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا، والتراب الذى فوق الحجارة يسير، فإذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها، ولا تتساوى ببقية الأرض، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد، وعلى تقدير إرادته يتجه الجزم بوجوب التسوية وفاء بمقتضى العقد، وتسليم المعقود عليه على حاله، وسواء فى ذلك إذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض، أو حصل ولكن أجاز المشترى، فإن الإجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها.

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية، وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض المعقود عليه.

وإن كان المراد القسم الثانى - وهو تسويته ببقية الأرض - فبعيد؛ لأنه لا يحصل بذلك إعادة المبيع إلى ما كان، بل يتغير كله، وإن كان المراد التسوية بالتراب المقلوع، فإن لم يكف فبتراب جديد، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه؛ لأن إلزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع إجازة المشترى العقد بعيد، بل الذى يتجه أن يقال: إن البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد، ومن ضرورته قلع الأحجار وإزالة التراب اللازم ثم إعادته على ما كان، فإن لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام، وإن حصل عيب قبل القبض وكان المشترى قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار، وعلمه بالحال، فلا شىء له غير رد التراب؛ لأن إجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب وإن جهل الحال - فإن حصل ذلك قبل القبض - ثبت له الخيار، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز وجب التراب خاصة، وإن كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشترى بالحال، فإن العقد لم يتضمنه، وجهل المشترى أثبت له الخيار، فإذا أسقطه بالإجازة لم يبق له شىء آخر، ثم التعيب الحاصل من القلع إن فرض، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل فى يد البائع، والمشترى قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعيب من لوازمه، فلا شىء له، سواء كان قبل القبض أم بعده، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه فى قولهم: بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده، ولكنه خلاف نص الشافعى - رضى الله عنه - وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك إن وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جناية البائع.

**والأصح**: أنها كالآفة السماوية، فيقتصر على إثبات الخيار، وإن كان بعد القبض فيتخرج على القطع فى يد المشترى بالسرقة فى يد البائع.

**والأصح**: أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشترى، وإن وقع بمطالبة المشترى ففيه نظر، وفى مأخذ الخلاف فى الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور فى الغصب.

هذا كله إذا كان لذلك الزمان أجرة، وإلا فلا أجرة على ما تقدم.

قال الماوردى: وعلى جميع الأحوال ليس للبائع إقدام الحجارة فى الأرض إن أقام المشترى على البيع.

**والحالة الثالثة**: ألا يكون فى قلعها ضرر، ويكون فى تركها ضرر، فيؤمر البائع بالقلع والنقل، ويجبر عليه، ولا خيار للمشترى كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال، أو كانت منسدة البالوعة فقال: أنا أصلحه وأنقيها؛ لا خيار للمشترى.

**قلت**: وههنا أولى بعدم الخيار؛ لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه، وهناك لا يلزم البائع الإصلاح وإزالة الخلل، ثم إن الماوردى على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال: ثم القول فى الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى، فإن أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتج إلى ذلك، وقد ذكر المصنف هذه الحالة فى باب الرد بالعيب، وسنشرحها هناك إن شاء الله تعالى.

**الحالة الرابعة**: أن يكون فى قلعها ضرر ولا يكون فى تركها ضرر، فللمشترى الخيار إذا كان جاهلا، فإن أجاز ففى الأجرة والأرش ما مر، ولا يسقط خياره بأن يقول: أقلع وأغرم الأجرة أو أرش النقص.

قال صاحب التهذيب: ويجىء فيه مثل الخلاف المذكور فى الحالة الثالثة، ولو رضى البائع بترك الأحجار فى الأرض؛ سقط خيار المشترى إبقاء للعقد، ثم ينظر إن اقتصر على قوله: تركتها، فهل هو تمليك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى، وهما كالوجهين فى ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب:

**أحدهما**: أنه تمليك ليكون فى مقابلة ملك حاصل

**وأظهرهما**: أنه قطع للخصومة لا غير. وبالأول أجاب الماوردى.

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشترى يوما ما وأبدى للبائع فى تركها هل

يمكن من الرجوع؟ والأكثرون أن له ذلك، ويعود خيار المشترى، وهو القياس.

وقال الماوردى والإمام: لا رجوع، ويلزم الوفاء بالترك إلا إذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك.

وقال الماوردى: لأنه يجرى مجرى الإبراء الذى لا يجوز الرجوع فيه، ولا يعتبر فيه القبول.

وادعى الإمام: أنه لا خلاف فيه وإن قال: وهبتها منك فإن رآها قبل ووجدت شرائط الهبة؛ حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة، وإنما المقصود دفع الفسخ. وإن لم توجد شرائط الهبة ففى صحتها للضرورة وجهان.

إن صححناها ففى إفادة الملك ما ذكرنا فى الترك، قال أكثر هذا الكلام الإمام والرافعى رضى الله عنهما، ولم يتعرضا؛ لأن المشترى يجبر على ذلك أو لا؟ وقد قال القاضى أبو الطيب: البائع إذا قال: وهبت الحجارة ففى إجبار المشترى على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما إذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها هل يجبر على قبولها؟ فيه قولان.

إن قلنا: لا يجبر - فلأنها هبة مجهولة - فلا تصح، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره.

**والثانى**: يجبر؛ لأن بقبولها يزول الضرر.

فإن قلنا: لا يجبر، فعلى البائع نقلها، فإن لم يسمح البائع بترك الأحجار؛ ثبت للمشترى الفسخ، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام فهل للبائع القطع؟

نظر إن كانت الأرض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر؛ فله ذلك، ثم الحكم فيه يأتى إن شاء الله تعالى.

وإن كانت مزروعة بزرع المشترى قال الماوردى: فعلى البائع ترك الأحجار إلى انقضاء مدة الزرع؛ لأنه زرع غير متعد به قلما يقلع قبل حصاده، فإذا حصد المشترى زرعه؛ قلع البائع حينئذ حجارته، ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض، ووافقه صاحب التهذيب فقال: إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشترى فإنه يترك إلى أوان الحصاد؛ لأن له غاية بخلاف الغراس.

قال الرافعى: ومنهم من سوى بينه وبين الغراس.

فرع: تقدم أنه إذا لم يكن فى القلع ضرر، أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن

قرب أنه لا خيار للمشترى ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع إليه، فلو تقاعد عنه كان للمشترى الخيار.

قال ابن الرفعة: وقد يقال: بل يجبر على ذلك، كما يقتضيه كلام الغزالى وغيره، تبعا لظاهر النص، يعنى فى وجوب تسوية الأرض على البائع؛ لأن فى ذلك محافظة على إتمام العقد فى هذه الحالة.

فرع: فأما الغراس الذى وعدت بذكر حكمه إذا أقام المشترى على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس؛ فإن للبائع قلع حجارته مطلقا ثم لا يخلو إما أن يكون ذلك الغرس متقدما على البيع قد دخل، وإما أن يكون المشترى استجده، فإن كان متقدما فإن قلعها بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقدم، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب الأرض فى إثبات الخيار وسائر الأحكام، وإن كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم، وقد مر فى مثله كلام الرافعى؛ ومن وافقه، وفى الأجرة وجهان.

**أصحهما**: لا. ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضران، ففى ثبوت الخيار وجهان، حكاهما المحاملى.

**أصحهما**: الثبوت؛ لأنه ابتاع أرضا على أن فيها غراسا، فإذا خرجت على خلاف ذلك؛ فقد لحقه نقص وضرر، هكذا قال.

وفى نظيرها فيما إذا كانت الأرض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف فى سقوط الخيار، وقال الإمام فى الأرض المغروسة فيما إذا كان القلع يضر دون الترك، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع؛ لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل، وإن كان الغراس أحدثه المشترى بعد الشراء فإن أحدثه عالما بالأحجار؛ فللبائع جميع الأحجار، وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشترى، وإن أحدثه جاهلا؛ ففى ثبوت الخيار وجهان:

وجه: الثبوت؛ لأن الضرر ناشئ من إيداعه الأحجار فى الأرض.

**والأصح**: أنه لا يثبت لرجوع الضرر إلى غير المبيع، وبناهما القاضى حسين على ما إذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة أخرى واختلطت بالمبيعة، قال الرويانى: فإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر، وسمح البائع بالحجارة للمشترى؛ أجبر على قبولها ولا خيار له، فإن كانت الأرض تنقص بالحجارة - أيضا - فإن لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانا فى الأرض، فله القلع والفسخ، وإن أورث القلع أو الغرس نقصانا

فلا خيار فى الفَسخ، إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا، ولكن يأخذ الأرش وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف.

هذا ما قاله الرافعى.

وقال المحاملى: لا فرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشترى.

وقال الماوردى: وإن كان الغراس استحدثه المشترى بعد البيع فهذا لا يكون إلا بعد القبض فيلزمه - يعنى البائع - الأجرة ونقص الغرْس وتسوية الأرض، والتفصيل الذى قاله الرافعى أولى، وما قاله الماوردى من أن ذلك لا يكون إلا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع، فكأن ذلك محمول على الغالب، وإلا فيمكن أن يحصل للمشترى فى الأرض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع، وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الأجرة، وجميع ما سبق من الأحكام التى تختلف قبل القبض وبعده.

وأما أرش نقص الغراس هنا فإنه واجب على كل تقدير؛ لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض.

وهذه الأحكام التى ذكرتها فى الغراس والزرع ذكرها الماوردى فى هذه الحالة الرابعة، والرافعى ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى فى غيرها كما لو لم يجبر المشترى البائع على القلع فى الحالة الأولى أو فى الحالة الثالثة، فإن القلع يكون جائزا للبائع، ويأتى فيه من التفصيل ما ذكر ههنا، والله أعلم.

فرع: تكلم الإمام وقبله القاضى حسين فى أنهم لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع؟ وعلى الغاصب إذا حفر فى الأرض المغصوبة؟ ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده؟ وإنما أوجبوا الأرش؟ وأجابا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت، وبنيان الأبنية يختلف ويتفاوت، فشبه ذلك بذوات الأمثال وهذا بذوات القيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف فى الهيئة كان ذلك كطم الحفر.

فرع: ذكره المحاملى هنا قال أبو إسحاق: إذا باع عبدا فقال المشترى: هو آبق، وقال البائع: أنا أحضره الساعة وأحضره؛ لم يكن للمشترى خيار.

قلت: وصورة ذلك كما صرح به غيره: ما إذا اشترط البائع الإباق ثم أبق فى يد البائع قبل القبض، فإذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار.

فرع: ذكر الإمام فى آخر كلامه كالضابط لما تقدم: أنه مهما فرض ضرر لا يندفع

فإن كان المشترى عالما؛ فلا خيار ولا أرش، وإن كان جاهلا ثبت الخيار، فإن فسخ فذاك، [وإن أراد إلزام البائع أرش النقص، ولم يتمكن البائع من دفع الضرر][(١)] بترك الحجر، وكان الضرر فى تركه ونقله، ففى الأرش الأوجه من جهة أن المشترى يجد خلاصها بالفسخ، فهو كاطلاعه حالة العقد، وأن النقص ظهر بعد العقد بفعل منشؤه البائع، إما قبل القبض أو بعده مستندا إلى سبب متقدم كقتل العبد المرتد.

وإن تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال فى تغريم البائع ما تقدم من الخلاف، ومنهم من يقطع بتغريمه فى هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص فى رقبة المبيع وقد ذكروا الخلاف فى الأجرة فما وجه ترتبها؟ والفرق لائح؟ فإن المنافع ليست معقودا عليها، ولو قيل: القدر الذى يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل فى استحقاق المشترى لم يكن بعيدا، والمبيع كله مستحق للمشترى بأجزائه وصفاته.

فرع: تقدم أن الأصح فى الأجرة: أنها لا تجب قبل القبض، وتجب بعده، وأن ذلك قول أبى إسحاق المروزى على ما نقل أبو الطيب.

وفى البحر: قال الماسرجسى: قال الشافعى[(٢)] فى بغداد قبل خروجه إلى مصر: له الأجرة، يعنى قبل القبض.

قال القاضى الطبرى: وهذا محتمل عندى؛ لأنه نص فى البويطى على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشترى بالخيار بين الفسخ والإجازة مع الأرش، فإذا نص فى الأرش فالأجرة مثله، وبنى القفال ذلك على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبى.

فرع: تقدم الكلام فى أن للمشترى الخيار عند وجود شروطه المتقدمة، وأن الأجرة والأرش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده، وهل يثبت خيار للمشترى بنقص الأرض بالقلع؟ تقدم عن الماوردى فيما قبل القبض أنه يثبت، وذلك ظاهر؛ لأنه عيب حدث قبل القبض.

وقال الرويانى: إنه إن كان بعد القبض فيثبت أيضا؛ لأن سببه كان موجودا قبل القبض.

---

(١) العبارة فى ط هكذا [وإن أراد، وأراد إلزام البائع أرش النقص وإن لم يتمكن البائع من دفع الضرر] ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) فى ط: إسحاق.

فرع: إذا اختار المشترى الإمساك فيما إذا كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل فى البيع، وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر، فالحكم فى التسوية والأجرة على ما تقدم وفى أرش النقص طرق حكاها الرويانى:

**أحدها**: لا أرش؛ لأنه رضى بالنقص.

وقال أبو إسحاق: هو كالأجرة إن كان قبل القبض لم يلزم وإن كان بعده لزم.

وقال ابن سريج: بعد القبض يلزم قولا واحدا وقبله قولان:

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان قبل القبض وبعده والأصح أنه يجب.

فرع: قال الرويانى: فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر، واختار البائع الترك، لا خيار للمشترى، وهل تملك بالترك؟ على ما تقدم.

وقال القفال: لو قلع المشترى تلك الأحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأحجار؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل، ثم وجد المثل، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل؟ وجهان، وإن اختار القلع فللمشترى الخيار؛ لأنه يضر بالمبيع، ولا فرق بين أن يقول له البائع: أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل، وليس كما إذا اختار الترك، فإنه لا نقص فى الترك، فإن اختار المشترى الإمساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى.

فرع: إذا غرس المشترى بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم، ثم إن كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القلع وللمشترى المطالبة به، ثم إذا قلع قال الرويانى: يلزم البائع أرش النقص قولا واحدا؛ لأنه حول ملكه عن الأرض بإدخال النقص على الغير، فإن كان مراد الرويانى نقص الأرض فظاهر، وإن كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعى خلافه، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر، فإنه متعد بالغرس، والله أعلم.

وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع قال الرويانى: فعليه أرش النقص قولا واحدا، والكلام فيه كما تقدم، وليس مراده إلا الغراس، فإنه قال عقيب ذلك: وكيفية التقويم أن يقال: كم يساوى هذا الشجر ولا نقص؟ فيقال: مائة، فيقال: وكم يساوى وبه هذا النقص؟ فيقال: تسعون فيقول: نقص العشر، فتلزم حصته من القيمة، وإن اختار البائع الترك فهل يملكها المشترى؟ فعلى ما ذكرنا.

فرع: قال الرويانى وغيره: ولو كان البائع زرع فيها زرعا وباعها مع الزرع وتحتها

أحجار - يعني والمشترى جاهل بها - فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع، وإن الزرع يختص بالبائع، فالضرر يختص به والخيار إليه.

**فرع**: قال الغزالى - رحمة الله عليه - فيما نقل ابن أبى الدم: إن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر، ويريد به: ولا يلزمه التسوية وفى مسألة البيع يلزمه التسوية، ومعناه: ولا يلزمه أرش النقص، واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين منهم من قال: يلزمه أرش النقص فى المسألتين دون تسوية الحفر فيهما، ومنهم من قال: يلزمه التسوية فى المسألتين دون أرش النقص، ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرش بخلاف البائع فيلزمه التسوية.

**فرع**: زرع المشترى الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة، وفى قلعها هلاك الزرع، لم يمكن البائع من قلعها؛ لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس، قاله صاحب التتمة وغيره، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه.

وكذلك فيما إذا علم المشترى بالحجارة وترك البائع القلع، ثم أراده بعد زرع المشترى لم يكن له ذلك حتى يحصده المشترى، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعى عليه.

قال الرافعى: ومن الأصحاب من يسوى فى الحالتين بينه وبين الغراس.

**فرع**: شبه المتولى الخلاف فى ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما إذا باع الشجرة وبقى لنفسه الثمرة، فحدثت ثمرة أخرى واختلط بها، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة فى حكم الاختلاط قال ههنا: إن الضرر الذى يلحقه فى الغراس الحادث كالضرر الذى يلحقه فى الأشجار المشتراة يعنى؛ لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها، فجعلنا الضرر الذى يلحقه فى حق من حقوق المبيع كالضرر الذى يلحقه فى نفس المبيع، قال: وأصل المسألتين إذا اشترى جارية فوطئها، ثم استلحقت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا؟ فعلى قول يرجع؛ لأنه ضمن له سلامة الوطء فإذا لم يسلم يرجع عليه، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه، والثمار الحادثة، فجعلنا الخلل الحاصل فى واحد منهما كالخلل فى عين المبيع، وفرض المتولى المسألة فيما إذا كان قلعها يضر بالغراس، وتركها لا يضر، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعى فى ثبوت الخيار مطلقا.

فرع: قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى السلسلة لما ذكر الوجهين فى وجوب الأجرة على البائع للمدة التى مضت فى نقل الحجارة، وبناهما على أن جناية البائع كالآفة السماوية، وكجناية الأجنبى قال: فإن قيل: القبض هنا حاصل، والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبى، وإنما القولان قبل القبض.

قلنا: البائع إذا سلم الأرض، وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فإنها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى، وهذا الذى قاله الشيخ قد تقدمت الإشارة إليه، ولكنى أحببت نقله من كلامه.

فرع: من تتمة الكلام فى المسائل المتقدمة.

لو كان الغراس داخلا فى بيع الأرض، ونقل الحجارة مضر به، قال الإمام: وليس لقائل أن يقول فى حالة الجهل وإضرار الغراس ونحوه: إنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع، وقياما بتسليم الأرض والأشجار له.

فرع: قال الرافعى رحمه الله: لو باع دارا فى طريق غير نافذ دخل حريمها فى البيع، وفى دخول الأشجار الخلاف الذى سبق، وإن كان فى طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار فى البيع، بل لا حريم لمثل هذه الدار، كذا ذكرها الرافعى قال: إذا قال: بعتك هذا البستان أو الباحة دخل فى البيع الأرض والأشجار والغراس، وكل ما له من النبات أصل لا خلاف فى المذهب فى ذلك، وفى دخول البناء الذى فيه ما سبق فى دخوله تحت الأرض.

وقال الغزالى: إن الأظهر عدم الدخول جريا على قاعدته.

وأما على المذهب فإنه يدخل، وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملا عليه تناول اسمه جميع ذلك، وهو كالاحتمال الذى فى دخول الشجر فى بيع الدار، وهو ههنا أقوى؛ لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبا، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه.

وجزم الرافعى بدخول الحائط ولا وجه لذلك، بل هى من جملة الأبنية، فالجزم فيها مع طرد الخلاف فى غيرها غير متجه، ولا مساعد عليه عند الأكثرين، هذا والماوردى أطلق طرد الخلاف فى البناء من غير تفصيل، والرويانى فى البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق، وأن بعض أصحابنا قال: يدخل الجدار

المحيط قولا واحدا وهو ضعيف عندى، وجزم القاضى أبو الطيب بدخول البناء فى بيع البستان مع ذكر الخلاف فى دخول النخلة والشجرة فى بيع الدار، وذلك يشهد لما قلته - الآن - من الفرق، وتقوية الجزم بالدخول فى البستان، وهو الذى يقتضيه العرف لا سيما فى بلادنا هذه، التى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والإغلاق لشبه المساكن.

قال الإمام: والبناء عندى بالإضافة إلى البستان كالشجرة بالإضافة إلى الدار، فقد تلخص فى دخول الأبنية فى البستان طرق:

**إحداها**: أن الجدار المحيط يدخل جزما، وفيما عداه الطرق، وهو ما أورده الرافعى، وضعفه الرويانى.

**والثانية**: إجراء الخلاف فى الجميع، وهى قضية إطلاق الأكثرين.

**والثالثة**: الجزم بدخول الجميع، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب، وهى التى اقتضى كلامى - أولا - الميل إليها، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الأرض، وهذا ما لا يمكن، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم، ثالثها: يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والإحاطة، وكذلك فعل ابن الرفعة قال الرافعى: وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان؛ لكن العادة فى نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم، وإدخاله فى مسمى البستان، ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به، وذكر ابن الرفعة: أن هذا كالعام، وأنه إن صح يكون وجها رابعا يعنى فى محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى.

وفى العريش: وهو المسمى فى بلادنا بالكرم فى وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد، رجح الإمام والغزالى دخوله، وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم، والإمام نقله فى لفظ البستان والباحة، وفى كلامه ما يدل على جريانه فى الكرم أيضا، وفى كلام الإمام ما يقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل، فإنه قال: والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان فى مطلق العرف؛ فإنه ينظم مع الكرم عريشة، وإن كان محله.

قال ابن الرفعة: لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل، أما إذا

كانت تراد للدوام - كما هو جار فى بلادنا - فلا يأتى فيها التردد.

قال الرافعى: ولو قال: هذه الدار بستان، دخلت الأبنية والأشجار جميعا، ولو قال: هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار، وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق، هكذا ذكره فى التهذيب، وهكذا قال الرويانى فيما إذا قال: حائط بستان، وفى لفظهما قلق، والمراد أن يقول: بعتك هذا الحائط البستان هذه هى العبارة المستقيمة.

قال الرافعى: ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة: هذا الذى ذكره الرافعى صحيح إن كانت الحوطة بغير ميم، أما إذا كانت فى كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان.

**قلت:** وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المهذب والرافعى والروضة - بالميم وإخراج البناء عنها بعيد.

وإن أخرج فيما إذا نطق باسم البستان فإن الإشارة إلى الجميع، وتخصيصها - بالميم - دون غيره لم يقتضه دليل، وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعا، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه؛ لأن اسم البستان صادق بدونها، نعم، قول الرافعى: فليدخلا أو ليكونا على الخلاف، لا وجه للتردد فى ذلك، بل يتعين الجزم بدخولها وأما لفظ الحوطة بغير ميم فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة، ولا أعلم معناه، فإن كان موضوعا للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب، ولا يستقيم كلام الرافعى، وإن كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فيتجه ألا يدخل البناء ولا الشجر جميعا.

والأقرب: أن حذف الميم تصحيف، وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب. وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان والحائط بمعناه، وأنه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر، كما قاله الرافعى، لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك، كما تردد، بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الإشارة إلى الجميع وعدم ما يقتضى إخراج شىء من ذلك، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

قال ابن الرفعة: وفى بعض الشروح أنه لو قال: بعتك هذا المحوط دخل فيه

الحيطان والأرض، وإن كان فيه غراس، فعلى ما تقدم من الخلاف، قلت: وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب.

وخلاف ما قاله الرافعى - أيضا - وبعيد من جهة المعنى لا وجه له، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

فرع: قول الغزالى فى الوجيز: إن الأظهر عدم الدخول يعنى به الأظهر من الطرق، فإنه فى الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما فى اسم الأرض، وأصح الطرق عنده فى اسم الأرض، عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا: الأظهر من الطرق، والعجلى قال: إن معناه الأظهر من الوجهين، وحمله على ذلك تسوية الإمام بين البناء بالنسبة إلى البستان، والشجر بالنسبة إلى الدار، والذى حكاه الإمام والغزالى فى استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه، وأفهم كلام الإمام فيها: أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أى إن قلنا: البناء والشجر داخلان فى الأرض فههنا أولى.

وإن قلنا: لا يدخل فههنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالى «الأظهر» أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الإمام نفيه.

ولكن الغزالى صرح فى الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف فى الأرض، فينبغى أن يحمل كلامه فى الوجيز على ذلك، ويكون الأظهر من الطرق، فإنه ليس فى كلامه التسوية بين الدار والبستان، كما فى كلام الإمام وإن كانت التسوية متجهة.

وقد تقدم فى استتباع الدار الأشجار بحث، ويمكن أن يعود مثله هنا فى هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الإمام هناك، وإن لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه، ولو كان فى البستان ماء فهل يدخل فى العقد؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل فى بيع النخل، وإن كان مؤبرا لم يدخل؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ» فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهى للمبتاع؛ ولأن ثمرة النخل كالحمل؛ لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل فى البيع، والحمل الظاهر لا يتبع، فكذلك الثمرة.**

**قال الشافعي - رحمه الله -: وما شقق في معنى ما أبر؛ لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر.**

**الشرح**: حديث ابن عمر[(١)] - رضي الله عنه - رواه البخاري ومسلم -رحمهما الله-

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٠١) كتاب: البيوع، باب: من باع نخلاً قد أبرت، الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب: البيوع، باب: من باع نخلا عليها تمر، الحديث (٧٧/ ١٥٤٣)، وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب: البيوع، باب: في العبد يباع وله مال، حديث (٣٤٣٣)، والنسائي (٧/ ٢٩٧) كتاب: البيوع، باب: العبد يباع ويستثنى المشتري ماله، والترمذي (٣/ ٥٤٦) كتاب: البيوع، باب: ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد له مال، حديث (١٢٤٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٥ - ٧٤٦) كتاب: التجارات، باب: ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبرًا أو عبدًا له مال، حديث (٢٢١١)، والدارمي (٢/ ٢٥٣) كتاب: البيوع، باب: فيمن باع عبدًا وله مال، وعبد الرزاق (٨/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢٠)، وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٦ - منحة) رقم (١٣٣٤)، وابن طهمان في «مشيخته رقم (١٧٩)، وابن الجارود (٦٢٨)، وأبو يعلى (٩/ ٣٠٧ - ٣٠٨) رقم (٥٤٢٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٥٣)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٧٧) رقم (٦١٣)، والبيهقي (٥/ ٣٢٤)، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٢٧٤) من طريق الزهري عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح، هكذا روى من غير وجه عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبدًا وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روى عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روى عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر أنه قال: من باع عبدًا وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع. هكذا رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع الحديثين.

وقد روى عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبي ﷺ نحو حديث سالم، والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق.

قال محمد بن إسماعيل: حديث الزهري عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ أصح ما جاء في هذا الباب.

قلت: أما طريق نافع عن ابن عمر:

فقد أخرجه مالك (٢/ ٦١٧) كتاب: البيوع، باب: ما جاء في ممر المال يباع أصله، حديث (٩)، والشافعي في الأم (٣/ ٤١)، وأحمد (٢/ ٦٣)، والبخاري (٥/ ٣٦٩ - ٣٧٠) كتاب: الشروط، باب: إذا باع نخلاً قد أبرت، حديث (٢٧١٦)، ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب: البيوع، باب: من باع نخلاً عليها ثمر، حديث (٧٨/ ١٥٤٣)، وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب: البيوع، باب: في العبد يباع وله مال، حديث (٣٤٣٤) وابن ماجه (٢/ =

ولفظهما: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِرَتْ، فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

وفى لفظ لمسلم: «مَنِ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ» وفى لفظ آخر له: «أَيُّمَا نَخْلٍ اشْتُرِى أُصُولُهَا وَقَدْ أُبِّرَتْ فَإِنَّ ثَمَرَتَهَا لِلَّذِى أَبَّرَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الَّذِى اشْتَرَاهَا».

وفى لفظ له أيضًا: «أَيُّمَا امْرِئٍ أَبَّرَ نَخْلًا ثُمَّ بَاعَ أَصْلَهَا فَلِلَّذِى أَبَّرَ ثَمَرُ النَّخْلِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» ورواه الشافعى - رضى الله عنه - عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها، كله أئمة علماء، ولفظه كلفظ المصنف: لكنه قال: أن يشترط المبتاع بغير هاء، وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء فى الموضعين هكذا قال ابن عبد البر، ونبه على أن المعنى: إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك فى مال العبد، وهو قول جمهور الفقهاء، وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام - إن شاء الله تعالى -، والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث،

---

= ٧٤٥) كتاب: التجارات، باب: ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبرًا أو عبدًا له مال، حديث (٢٢١٠)، والبيهقى (٥/ ٣٢٤) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به.

وأما طريق نافع عن ابن عمر عن عمر؛ أنه قال: من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع.

فأخرجه البخارى (٥/ ٦٠) كتاب: الشرب والمساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب، حديث (٢٣٧٩) وقد روى هذا مرفوعًا.

فقال ابن أبى حاتم فى العلل (١/ ٣٩٢) رقم (١١٧٥): سمعت أبا زرعة وحدثنا عن إبراهيم ابن أبى موسى، عن هشيم، عن سفيان بن حسين، عن الزهرى، عن سالم، عن أبيه، عن عمر ابن الخطاب، عن النبى ﷺ أنه قال: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» فقال أبو زرعة: ليس هذا الحدى بمحفوظ، والصحيح سالم عن أبيه، عن النبى ﷺ.

أما طريق عكرمة بن خالد:

فقد أخرجه عبد الرزاق (٨ع/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢١)، والبيهقى (٥/ ٣٢٥) من طريق عكرمة بن خالد عن ابن عمر قال ابن أبى حاتم فى العلل (١/ ٣٧٧) رقم (١١٢٢): سألت أبى عن حديث رواه قتادة وحماد بن سلمة عن عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبى ﷺ قال: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع». قال أبى: كنت أستحسن هذا الحديث من ذا الطريق حتى رأيت من حديث بعض الثقات عن عكرمة بن خالد عن الزهرى عن ابن عمر عن النبى ﷺ، قال أبى: فإذا الحديث قد عاد إلى الزهرى عن سالم عن ابن عمر عن النبى ﷺ.

ولم أقف عليها فى شىء من طرق الحديث.

وقول المصنف: نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور.

وقوله: «كامن» احتراز من الزرع؛ لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك، ومن التين والعنب ونحوه.

وقوله: «لظهوره غاية» احتراز من الجوز واللوز والرمان والرانج؛ لأنه لا غاية لخروجه من قشره.

وإنما يظهر بكسره، فالرمان والموز للبائع قولا واحدا، والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر إلا عند الأكل، فهذا فى معنى قولنا: ليس لظهوره غاية، وقد ورد فى بعض الروايات: من باع، وفى بعضها: من اشترى، وكلها صحيح سندا ومعنى.

قال ابن عبد البر: لا يختلف أهل العلم بالحديث فى صحة هذا الحديث، وهو عند جميعهم ثابت صحيح.

وقوله: «أبرت» يجوز تشديده وتخفيفه، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبرا، والتأبير: هو التلقيح: وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشق طلعها وظهر ما فى بطنه وضع فيه شىء من طلع الفحال، وقال بعضهم: هو أن تشقق ويؤخذ شىء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرانى طلع الإناث، فيكون ذلك - بإذن الله تعالى - صلاحا لها، وهذه هى العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال، فيضرب فى ناحية من نواحى البستان عند هبوب الرياح، فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخل، فيمنعه التساقط، وفى عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل فى مسمى التأبير، وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك.

**أما الأحكام**: فبيع الشجر، إن كان بشرط القطع - جاز مطلقا، رطبا ويابسا، وإن كان بشرط القلع فإطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضا، وقال الصيمرى: إن كان كالفجل لم يجز؛ لأن أسفله غائب، وإن كان كشجر العصفر وما حفر من التراب جاز؛ لأن الغائب منه غير مقصود، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس، وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعا، وإن باع بشرط التبقية، فإن كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب، وإن كانت يابسة قال المتولى: فسد البيع، وإن أطلق فالمشهور الجواز، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث

لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد إذا عرف ذلك فقال الأصحاب: يندرج فى مطلق بيع الشجرة أغصانها؛ لأنها معدودة من أجزاء الشجرة، فإن كان الغصن يابسا والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل؛ لأن العادة فيه القطع كما فى الثمار، قال فى التهذيب: ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم.

قال ابن الرفعة: أى إذا بيعت وقد استحق الجز، ويدخل العرق - - أيضا - - فى مطلق بيع الشجرة، وكذا الأوراق، وفى ورق التوت ونحوه خلاف سيأتى تفصيله فى كلام المصنف، وفى أغصان الخلاف التى تقطع أغصانه ويترك ساقه، فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل فى العقد.

أما الخلاف الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض، فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع، وفى أصوله الخلاف الذى فى أصول البقل، قال ذلك القاضى حسين، وعن الإمام أنه قال هنا: إنها تدخل أغصانها فى البيع بلا خلاف، وفى كتاب الرهن: حكى فيها خلافا، وفى كتاب الوقف قال: إنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان:

**نوع**: يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب.

**ونوع**: يبقى وتقطع أغصانه، ففى دخول أغصانه فى بيعه خلاف.

الأصح: الدخول؛ لأنها جزء منه، ولا يدخل فى بيع الشجرة الكرم الذى عليها، قاله القاضى حسين فى الفتاوى.

ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشترى تفريغ الأرض عنها للعادة، ولا يدخل مغرسها فى العقد وجها واحدا، قاله القاضى حسين، وحكمها حكم سائر المنقولات، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضى حسين، قال فى التتمة: فلو شرط إبقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير، وشرط عدم القطع عند الجذاذ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق فى البيع عند شرط القطع، وإن كانت مجهولة تبعا، كذا قاله، وقال الصيمرى: لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع؛ لأن أسفلها غائب، ولا يدخل عند شرط القطع، بل تقطع عن وجه الأرض

وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمرى، ولا يجب تسوية الأرض؛ لأنه شرط القلع، قاله فى الفتاوى، ولو أطلق جاز الإبقاء - أيضا - للعادة، كما لو اشترى بناء استحق إبقاءه، وليس كالزرع حيث يشترط القطع؛ لأن الشجرة تراد

للبقاء، ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع، قاله الإمام، وهو بما لا خلاف فيه، وكذلك إذا باع بناء مطلقا قاله الإمام، وهل يدخل المغرس فى البيع؟ فيه وجهان، وقيل قولان:

**أحدهما**: ويحكى عن أبى حنيفة نعم؛ لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية، وذلك لا يكون إلا على سبيل الملك، ولا وجه لتملكه إلا دخوله فى البيع.

وأصحهما - عند الإمام والرافعى وغيرهما -: نعم؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله.

وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية، كما لو أعار جداره لوضع الجذوع، وكذا الوجهان فى دخول الأس فى بيع البناء كما تقدم، قال الإمام: وليس هذا كالخلاف فى استتباع الأرض أشجارها، فإن الفرع لا يستتبع الأصل، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له إلا الملك يعنى:

أن ذلك لا يكون إجارة للتأبيد، ولا عارية لعدم جواز الرجوع، وإن بذل أرش النقص فلم يبق إلا جعله مبيعا تبعا، فعلى الوجه الأول: لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك؛ كان له أن يغرس بدلها، وله أن يبيع المغرس، وعلى الثانى: ليس له ذلك، وهل يكون ملكه لذلك من باب الإجارة أو الإعارة؟ قال ابن الرفعة: يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان.

**أحدهما**: إجارة كما قيل بمثله فى الصلح، ولا يخرج على الجمع بين بيع وإجارة؛ لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع، وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب: أن البائع لا يتمكن من القلع، وغرامة الأرش على ما يفرغ، وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الإمام فى كتاب الرهن: إن له القلع وغرامة ما ينقصه القلع، كما يغرم المستعير فى مثل هذه الصورة، وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية، قال ذلك ابن الرفعة، قال: وبه يتم ما أبديته تخريجا، وهل يلزمه تسوية الحفر، أو يخرج على الخلاف فى العارية؟ وقال ابن الرفعة: يشبه أن يقال: إن قلنا: الإبقاء يستحق كالعارية فكالعارية، وإلا فلا يلزمه وجها واحدا، والخلاف فى دخول المغرس والأس فى البيع مثله مذكور فى الإقرار بهما، وإقامة البينة كما حكاه الإمام فى كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه.

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض، فإن جهل المشترى الحال وقلنا بدخولها فى البيع لو كانت للبائع، قال ابن الرفعة:

فيشبه أن يقال: يثبت الخيار، كما إذا قلنا: الحمل يقابل بالثمن، ثم بان أن لا حمل، ولا يبطل البيع؛ لأن ذلك إنما وقع تبعا لا مقصودا، وهذا إذا كان الإبقاء مستحقا له بطريق، بإجارة أو غيرها.

أما إذا كان فى أرض مغصوبة، فحكى الماوردى فى كتاب الغصب فى صحته وجهين:ا

**أحدهما**: لا يصح؛ لأن الإجارة تقتضى الإبقاء وهو لا يستحقه فى هذه الحالة.

**والثانى**: يصح ويثبت الخيار. وظاهر كلامه: أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الإطلاق، وإنما يستحق الإبقاء، وجريان مثل ذلك على قول المالك.

قال ابن الرفعة: والذى تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه، ولم تنقض مدة إجارته وعلم المشترى منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء فى بقاء مدة إجارته بغير عوض؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها فى العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة؟ فيه نظر واحتمال، قال: والأشبه الثانى، والعمل عليه فى العرف، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما إذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة، لا فى حال حياته ولا بعد وفاته إذا قلنا: لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب.

أما إذا قلنا: تنتهى بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه، كما هو محكى فى الإبانة والبحر: فهو قريب من الإجارة، والله أعلم.

وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر، لا فرق بين النخل وغيره، وقد استشكل ابن أبى الدم دخول المغرس فى بيع الشجر، ورأى القول به فى غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر، فتشتبك عروقها فى جميع الأرض، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار، ولا فى بطنها لاشتباك العروق، وإثباتها يفضى إلى أن يملك مشترى الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها، وأيضا فإما أن يملكه نازلا فى طبقات الأرض على مسامتة العروق وفى جهة العلو إلى وجه الأرض على مسامتة العروق، ولا نقول: إنه يملك من الأرض ما يستر العروق، والبحث بها من الأرض.

والأول ظاهر البطلان؛ لإفضائه إلى ملك الأرض بانتشار العروق.

**والثاني**: باطل؛ لأنه يؤدى إلى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس؛ لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهى مجهولة وبيع المجهول باطل، فقد أدى إلى فساده تفريعه على فاسد، ويلزم عليه - أيضا - أنه إذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك فى صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها، فإذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقها وامتدت إلى مواضع لم تكن ممتدة إليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر، فيؤدى إلى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض، وكلما امتد عرق شبرا أو فترا فى جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا، وهذا بدع فى الشرع، لا يصير إليه بجعل، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد

إذا عرفت هذه المقدمة: فإذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها وخوصها لا خلاف فى ذلك.

وأما الطلع فإن كان غير مؤبر دخل، وإن كان مؤبرا لم يدخل؛ للحديث الذى استدل به المصنف، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه، وعلى الأول بمفهومه.

وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط، وكذلك فهمه صاحب الانتصار، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فإنه جعل التأبير صفة للنخل، وكذلك جعله الغزالى فى المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة، وكلاهما صحيح.

قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: لنا من الحديث أدلة ثلاثة:

**أحدها**: دليل الخطاب، وهو دليل الشافعى - رحمه الله تعالى - منه، وذلك أن الطلع له وصفان: مؤبر وغير مؤبر، فلما جعله النبى ﷺ إذا كان مؤبرا للبائع؛ دل على أن غير المؤبر للمشترى كما نقوله فى سائمة الغنم زكاة.

**والثاني**: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ يُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ» فجعلها للبائع بالشرط، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط، فمن قال: إنها للبائع فى الحالين فقد خالف من وجهين:

**أحدهما**: أن النبى ﷺ جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط.

**الثاني**: أنه - أعنى المخالف - جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط.

**والدليل الثالث**: من الحديث أن النبى ﷺ إما أن يكون ذكر التأبير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع، وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون

للبائع، لا سبيل إلى الأول؛ لأن المؤبر بائن ظاهر، وغير المؤبر كامن مستتر، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل، فتعين الثانى: وهو أن يكون المقصود ألا يكون للبائع عند عدم التأبير، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعى من الاستدلال ما هو موجود فى الأم فإنه قال: لأن رسول الله ﷺ إذا حد قال: «إِذَا أُبِّرَ فَثَمَرُهُ لِلْبَائِعِ» فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشترى لا لغيرهما ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر، فالثمرة للمشترى بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة، وقال قريبا من ذلك فى الإملاء أيضا.

وقال فى المختصر: إذا جعل رسول الله ﷺ الإبار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشترى على أن كلام الشافعى فى الأم: يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبى حامد ومن تبعه يقتضى أنهم لم يريدوا بالوجه الثانى جعله من مفهوم الشرط، بل إنه يدل عليه باللفظ، وبه صرح القاضى أبو الطيب، وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا، والمخالف يقول: إنه ليس بشرط، فهذا الذى أرادوه والله أعلم راجع، وهو بهذا التقدير صحيح، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط، ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكروه وأن ذلك ليس من باب المفهوم.

**وأما الوجه الثالث**: الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح؛ لأن يستدل به فى كل شرط أو صفة؛ لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر فى اللغة: أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص، فالوجه الأول ماش على الطريقة الأولى، ولذلك نسب الدلالة إلى اللفظ، وكلام الشافعى الذى حكيته يشعر بذلك؛ لكن الأنبارى فى شرح البرهان نقل عن الشافعى أن اختياره الثانى، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية.

وأما الثانى: فقد نبهت على مراد الأصحاب به، وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط؛ لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة.

واعلم: أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون، فقال بمفهوم الصفة الشافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب إلى مالك، وممن قال به أبو الحسن الأشعرى وأنكره ابن سريج والقفال هنا، وقال ابن سريج: بمفهوم الشرط.

وأما الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفيه فى الأصل، وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا، فكيف يمكنه التمسك فى هذا الفرع به لكن الخصم فى إلحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج إلى قياس، ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشترى تبعا للشجرة، وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود.

فإن قلت: بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقاؤها على ملكه.

قلت: لا بد فى إدراجها فى البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس، واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى - رضى الله عنه - عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره «أَنَّ رَجُلًا بَاعَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَائِطًا مُثْمِرًا، وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْمُبْتَاعُ الثَّمَرَ وَلَمْ يَسْتَثْنِ الْبَائِعُ وَلَمْ يَذْكُرَاهُ فَلَمَّا ثَبَتَ الْبَيْعُ اخْتَلَفَا فِى الثَّمَرِ وَاحْتَكَمَا فِيهِ إِلَى النَّبِى ﷺ فَقَضَى بِالثَّمَرِ لِلَّذِى لَقَّحَ النَّخْلَ - البائع -»[(١)] وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير، فإن قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم، وحينئذ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عما عداه؟ هذا بحسب هذه الرواية، ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته، وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسنده عن عبادة بن الصامت قال: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِثَمَرِ النَّخْلِ لِمَنْ أَبَّرَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وَإِنَّ مَالَ الْمَمْلُوكِ لِمَنْ بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ»[(٢)].

---

(١) أخرجه الشافعى فى الأم (٣/٤٢)، ومن طريقه البيهقى فى المعرفة (٤/٣١٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه ٣/ ٥٥٧ كتاب التجارات باب ما جاء فيمن باع نخلاً (٢٢١٣)، وعبدالله بن أحمد فى زياداته ٥/ ٣٢٦ و ٣٢٧

وقال البوصيرى فى الزوائد ٢/ ١٧٩:

هذا إسناد ضعيف لضعف إسحاق بن يحيى بن الوليد وأيضًا لم يدرك عبادة بن الصامت قاله البخارى والترمذى وابن حبان وابن عدى.

ورواه البيهقى فى السنن الكبرى عن الحاكم ، ورواه الحاكم فى المستدرك عن أبى بكر =

فأما رواية ابن ماجه ففى سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى، وقال ابن معين: ليس بثقة، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى - رضى الله عنه - ولفظه «فجعل الثمر لمن أبرها» وقال: ذكر هذا الحديث أبو إسحاق فى الشرح، وأبو على الطبرى فى المحرر، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال: وهذا نص، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة إلا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع، فالأولى أن يستدل برواية مسلم، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك حق البائع، وقال الماوردى: روى أن النبى ﷺ أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له:

جذذت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبر

فقال النبى ﷺ: «وَكَانَ الثِّمَارُ لِمَنْ قَدْ أَبَّرَ».

وكان ذلك منه إثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى:

وهو سر غالب لمن غلب

«فَقَالَ النَّبِى ﷺ: وَهُوَ سِرٌّ غَالِبٌ لِمَنْ غَلَبَ»[1]. تثبيتا لهذا القول.

وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم، وله تتمة تأتى فى فرع مذاهب العلماء، والله أعلم.

**فرع فى مذاهب العلماء:** وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك[2] وأحمد[3] والليث بن سعد وداود بن على[4] والطبرى.

---

= بن إسحاق عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبى كامل الجحدرى عن فضيل بن سليمان به وقال صحيح الإسناد قلت وله شاهد فى الصحيحين وغيرهما من حديث عبد الله بن عمر ورواه أبو داود من حديث جابر رضى الله عنه.

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٠١-٢٠٢)، والبيهقى (١٠/ ٢٤٠).
والرجز لأعشى بن مازن اللسان (أشب، ذرب) والتاج (أشب، ذرب).

(٢) قال فى الفواكه الدوانى (٢/ ١٠٤): (ومن باع نخلا مثمرا فإن كانت (قد أبرت) كلها أو أكثرها (فثمرتها) باقية (للبائع إلا أن يشترطها المبتاع) فتكون (له) عملا بالشرط لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المشترى»، ومفهوم كلامه أنها لو كانت غير مأبورة أو أبر منها دون النصف فإنها تكون للمشترى بمجرد العقد على الأصل، وأما لو أبر نصفها لكان لكل حكمه، فالمؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشترى، وغيره للمشترى كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع. واختلف فى جواز اشتراط البائع لغير =

وقال ابن أبى ليلى: يدخل الطلع فى بيع النخل بكل حال، وقال أبو حنيفة[(١)] - رضى الله عنه - والكوفيون والأوزاعى: لا يدخل بكل حال مؤبرا كان أو غير مؤبر إلا بالشرط.

فأخذ أبو حنيفة بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى - رضى الله عنه - بالمنطوق والمفهوم معا، ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم، واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم.

وأجاب أصحابنا - رحمهم الله -: بأن هذه الأشياء إنما دخلت؛ لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلا. وأما الثمرة: فإنها نماء، وردوا هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال.

واحتجت الحنفية ومن وافقهم: بأنها ثمرة برزت عن شجرها، وبأنها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة، وبالقياس على طلع الفحال، وبأنها نماء لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزرع فى الأرض، وبأن الزرع لا

---

= المؤبر، فصحح فى الشامل الجواز بناء على أنه مبقى. قال اللخمى: وهو الصحيح، وشهر بعض المنع كمنع استثناء الجنين بناء على أنه مشترى.

(٣) قال فى كشاف القناع (٣/ ٢٨٠): وإن ظهر بعض الثمرة المبيع شجرها أو تشقق طلع بعض نخل بيع ونحوه، فما ظهر وما تشقق لبائع وما لم يظهر من ثمر أو تشقق من طلع فهو للمشترى. ينظر كشاف القناع (٣/ ٢٨٠).

(٤) قال فى المحلى بالآثار (٧/ ٣٣٦): مسألة: ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، والتأبير فى النخل: هو أن يشقق الطلع، ويذر فيه دقيق الفحال وأما قبل الإبار فالطلع للمبتاع، ولا يجوز فى ثمرة النخل إلا الاشتراط فقط، وأما البيع فلا حتى يصير زهوا، فإذا أزهى جاز فيه الاشتراط مع الأصول، وجاز فيها البيع مع الأصول ودون الأصول، وليس هذا الحكم إلا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص، ولو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها أصلا؛ لأنه خلاف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما سائر الثمار فإن من باع الأصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها، فالثمرة - ضرورة ولا بد - للبائع، لا يحل بيعها إلا مع الأصول ولا دونها، ولا اشتراطها أصلا. ولا يجوز لمشترى الأصول أن يلزم البائع قلع الثمرة أصلا، إلا حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها فله أن يلزمه أخذ ما يمكن النفع فيه بوجه ما من الوجوه. ولا يلزمه أخذ ما لا يمكن الانتقاع به بوجه من الوجوه

(١) قال فى فتح القدير: من باع نخلاً أو شجرًا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع لنفسه، أى يشترى الشجرة مع الثمرة التى فوقها، ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع إلا بالشرط. ينظر فتح القدير (٦/ ٢٨٣).

يتبع الأرض فى حالة ظهوره ولا فى حالة كمونه فكذلك الطلع، وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه، قالوا: فعلمنا أن المعنى فى ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع فى الرهن فكذلك فى البيع كالمؤبرة.

وأجاب الأصحاب بعد التمسك بالحديث عن الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فإنها فى غلافها، وعن الثانى بأنا لا نسلم جواز إفرادها بالعقد على رأى أبى إسحاق المروزى؛ لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز فى القشرة العليا، ولئن سلمنا فجواز الإفراد لا يدل على عدم التبعية، ألا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة فى البيع تبعا، ويجوز إفرادها بالبيع.

وعن الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الإناث، ولو سلم فالفرق أن طلع الإناث المقصود منه ما فى جوفه، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه.

وعن الرابع بأن الزرع بماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة.

وعن الخامس بأن الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فإنها مستترة فى الشجرة من أصل الخلقة.

والجواب عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة؛ لأن الثمرة المقصودة مستترة فى الكمام، فحيث ظهرت عن الكمام إما بالتأبير أو بغيره؛ كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا للفظ الحديث ومعناه.

وعن السابع من وجوه:

**أحدها**: أن الشافعى - رضى الله عنه - قال فى القديم: يدخل الطلع فى الرهن تبعا للأصل.

**والثانى**: أن الرهن لا يزيل الملك، والبيع يزيل الملك.

**والثالث**: أن المعنى فى المؤبرة أنها أخذت شبها من الولد المنفصل وشبها من الجنين فتعارضا، وبقيت على حكم الأصل، وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة.

**تتمة**: استدلال الأصحاب وقول المصنف - رحمه الله -: ولأن ثمرة النخل كالحمل إلى آخره هو من كلام القاضى أبى الطيب، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهم، وتقدمت الاحترازات التى فيه؛ لكن

الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم فى هذا الموضع قال: وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين فى أن لها حصة من الثمن؛ لأنه ظاهر، وليست للجنين؛ لأنه غير ظاهر، ولولا ما جاء عن رسول الله ﷺ فى ذلك؛ لما كان الثمر مثل الجنين فى بطن أمه؛ لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره، ويكون ذلك مباحا منه، والجنين لا يقدر على إخراجه حتى يقدر الله - تعالى - له، ولا يباح لأحد إخراجه، وإنما جمعنا بينهما حيث اجتمعا فى بعض حكمهما بأن السنة جاءت فى الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين فى الإجماع فجمعنا بينهما خبرا لا قياسا؛ إذ وجدنا حكم السنة فى الثمر لم يؤبر كحكم الإجماع فى جنين الأمة، وإنما مثلنا فيه تمثيلا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله ﷺ يحتاج إلى أن يقاس على شىء بل الأشياء تكون تبعا له هذا كلام الشافعى - رضى الله عنه - وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد فى ذلك على الحديث وحده، وكما دل الإجماع فى الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده، كذلك دلت السنة فى الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده، وكلام الشافعى فى هذا الموضوع صريح فى أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب.

والأصحاب ذكروا فى أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقين:

إحداهما القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعى.

**والثانية**: تخريجها على قولين كالحمل وهى ضعيفة لمخالفتها النص، ورجحها الرافعى فى باب الرد بالعيب، وقصد الشافعى - رضى الله عنه - بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا إلى هذا الفرق، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها.

أما الاعتراضات: فإن المغنى فى الحمل لا يجوز إفراده بالعقد فلذلك كان تبعا، وليس كذلك الثمرة؛ لأنه يجوز إفرادها بالعقد على رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة، وهذا قريب مما قاله الشافعى - رضى الله عنه - وليس إياه، وبأنه لو كان الطلع كالحمل؛ لوجب أن تكون الثمرة للمشترى وإن كانت قد ظهرت؛ لأنها متصلة بالأصل.

وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه،

وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فإنه يجوز إفرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وإنما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة؛ لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم، فلما لم يجز العقد على أبعاضها؛ لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة، فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها.

وعن الثانى: بأنها إذا كانت كامنة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره، فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبها من الولد المنفصل عن الأم؛ لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبها من الجنين؛ لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم، وليس أحدهما أولى من الآخر، فتعارضا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت.

وعن الثالث: أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت فى البيع،

**فائدة:** كلام الشافعى - رحمه الله - المتقدم كالصريح فى إفادة الإجماع على دخول الحمل فى بيع الأم، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما فى بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للإجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهرى قال عن أصحابهم: إن تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء، وإن النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع؛ لأنه غيرها وليس كعضو منها إلا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له، فنسبة ابن المغلس ذلك إلى أكثر العلماء يشعر بخلاف، إذ إنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم فى المسألة إجماعا، ومحل الجزم فى دخول الحمل إذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط: أن يكون البيع قد وجد باختياره.

قال ابن الرفعة: وفى معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك إما بنفسه أو بوكيله، وفى معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس، وهل الاستتباع فى هذا الأجل رضاء بانتقال الملك فى الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه إلا بعوض؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الإمام فى باب الخراج بالضمان منها: لو وهبها حيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمل الجديد: كما قال لا، والقديم: أنه يتبعها كما فى البيع، ومثلهما جار فيما لو رهن الجارية الحامل؛ لأنه فى المسألتين راض بخروج الملك فى الأولى وبتعلق الحق فى الثانية لكن لا بعوض أجريا - أيضا - فيما لو رهنها حائلا فحملت.

ومنها لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاه، كما إذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت فى يده أو رجع فيها بائعها عند فلسه وهى حامل، وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل؟ قولان.

**قلت**: قضية المأخذين أن الأب لو رجع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل ثم حملت ألا يتبعها الحمل قولا واحدا؛ لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك، فقد حكى الإمام فى التبعية قولين، قال الإمام: والفرق أن عقود الإجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا وما يجرى من الارتداد فهذا ليس فى حكم العقود، فجرى الأمر فى التبعية على التردد، قال ابن الرفعة: وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم فى الرد بالعيب ونحوه، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه إفضاؤه فى التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها؛ فلا يندرج الحمل فى البيع، وهل يصح البيع؟ قال ابن الرفعة: يشبه أن يرتب على استثناء الحمل إن قلنا يصح فهنا أولى وإلا فوجهان.

قال القاضى حسين فى كتاب أمهات الأولاد قال: إذا كان متزوجا بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها، جاز له أن يشترى الجارية على وجه يعنى لأنه صار جدا.

قال: ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره، ومثل الوجه فى بيعها منه إذا أوصى له بحملها مذكور فيما إذا باعها من مالك الحمل، والله أعلم.

**قاعدة**: العقود التى يملك بها النخل والثمر أربعة أضرب:

**أحدها**: عقد معاوضة على وجه المراضاة: كالبيع، والصلح، والصداق، والخلع، والإجارة، كما إذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة، فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة.

**والضرب الثانى**: ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلا فأطلعت فى يد المشترى، ثم فلس فرجع البائع فى عين ماله، فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له؟ فيه وجهان.

**أصحهما**: عند الرويانى التبعية، وكما إذا رهن نخلا فأطلعت، فحل الدين والطلع لم يؤبر، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن، هل يدخل الطلع فى البيع أم لا؟ فيه وجهان، وقطع الرويانى هنا بالتبعية؛ لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند

الرهن، وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التى على غير وجه المراضاة، وقد يتوقف فى إطلاق العقد على الرجوع فى الفلس، والأمر فى ذلك قريب، ومن عد ذلك فى عقود المعاوضات أراد به البيع الذى يرتب الرجوع عليه، وحكى الجرجانى الوجهين - أيضا - فى بيع نخيل المفلس فى دينه.

**الضرب الثالث**: عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية، هل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له؟ على وجهين، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع فى هبته هل يتبع الطلع النخل؟ على وجهين:

**الصحيح من المذهب** ما قال الماوردى هنا: أن الوالد لا يسترجع الثمرة، وعد هذا القسم - أيضا - من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبنى عليه كما تقدم، وعد هذان الوجهان فى كل هذه المسائل التى فى الضربين، قال الشيخ أبو حامد وغيره: أصلها مسألة واحدة، وهى إذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر، هل يدخل فى الرهن بإطلاق العقد؟ أم على قولين؟ قال القاضى أبو الطيب: قال فى الجديد: لا يدخل؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، وكان يقول فى القديم: يدخل على طريقة البيع، ثم رجع عنه فى الجديد.

**الضرب الرابع**: ما لم يكن من عقود المعاوضات، ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة، كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها، ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول، فههنا لا تتبع الثمرة الشجرة، ولا ترجع إلى الزوج قولا واحدا، قال الماوردى: لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد: إنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الإبار الأصل إلا فى هذه المسألة يعنى قولا واحدا، وتعليله: أن الصداق إذا كان زائدا زيادة متصلة غير متميزة، كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به، وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها، فإذا لم يرجع بالزيادة التى لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى، فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فإن له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ، وجعل الماوردى من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الرويانى القطع بذلك فقال: وفى الحاوى: وعلى هذا الوالد لا يسترجع فى الهبة من الولد غير المؤبرة قولا واحدا؛ لأنه لا معاوضة ولا تراض.

**فرع:** قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعنى الحنفية: إنه إن رهن أرضا أو أقر بها دخلت الثمار - يعنى عندهم - وهذا يرد عليهم فى كونهم يقولون: لا يدخل فى البيع ولا فى غيره إلا فى هاتين المسألتين

**فرع:** وأما قول المصنف - رحمه الله -: قال الشافعى - رحمه الله -: وما تشقق فى معنى ما أبر؛ لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة، فهو كذلك فى الأم والمختصر، وإن لم يكن بلفظه، والقياس الجلى ظاهر فى ذلك؛ لأن الاعتبار بظهور الثمرة، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح، وهو أن يكون فحول النخل فى ناحية الصبا، فتهب فى وقت الإبار، فإن الإبار تتأثر بروائح طلع الفحول، قال الشيخ أبو حامد: بل ظهورها بنفسها أولى، قال الشافعى - رحمة الله عليه - فى البويطى: الإبار فى النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الإبار، أبر أو لم يؤبر، قال الماوردى: وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة.

ومن كلام الشافعى والبويطى المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال فى الإناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق، وهو معنى قول الأصحاب: إن وقت التأبير قائم مقام التأبير، وإن وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط فى سلامة ذلك للبائع، والتبعية فى المبيع وعدمها منوطة بالتشقق، لا بوضع طلع الفحال فيها، فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك، وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به.

وقال ابن الرفعة ما معناه: إنا إنما اتبعنا المعنى هنا، ولم نتبع اللفظ، ولا أجرينا فيه خلافا؛ لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد: لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إناثه فأخر إباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله، أن حكمه حكم ما أبر؛ لأنه قد جاء عليه وقت الإبار وظهرت ثمرته بعد تغيبها فى الخف، وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهرى: إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا، فقال: لا يجوز فى ثمرة النخل إلا الاشتراط فقط.

وأما البيع فلا، حتى يصير زهوا فإذا هو صار زهوا جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم إلا فى النخل المأبور خاصة، ولم يطرده فى غير

النخل من الشجر ولا فى النخلة الواحدة والنخلتين، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم، وعدم طرده إياه فى النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع، ولمخالفيه أن يقولوا: إنه اسم جنس، فإن العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى-: ﴿أَعۡجَازُ نَخۡلٖ مُّنقَعِرٖ﴾ [القمر: ٢٠] وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر، وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهم بخلاف الرطب، فإنهم قالوا فيه: هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس، والنخل من هذا القبيل، والله أعلم.

**فرع**: دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئا منها، كالنصف والثلث، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع، بل على حسب الشرط، والعموم فى الأول مأخوذ من الإضافة من قوله: فثمرتها، والإطلاق فى الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه فى لفظ الحديث، وبه يقول جمهور العلماء، ومنهم أشهب من المالكية، وقال مالك[(١)] وابن القاسم: لا يجوز أن يشترط بعضها، وكذلك قال مالك وداود[(٢)]: وفى مال العبد لا يجوز إلا أن يشترطه كله أو يدعه كله.

**فرع**: هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله

---

(١) فى المنتقى: (مسألة) وإن اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشترى منه جميع النخل ويشترط نصف ثمرتها فقد قال مالك لا يجوز ذلك فى الثمرة ولا فى مال العبد وحلية السيف وروى سحنون عن أشهب جوازه فى ثمرة النخل ومال العبد وجه قول مالك أنه إنما يجوز استثناؤه على وجه التبع وإما أن يكون مقصودا فذلك غير جائز وإذا استثنى بعض ذلك علم أن الثمرة مقصودة بالعقد قد لحقتها المغابنة والمكايسة ووجه قول أشهب أن ما جاز أن يشترط جميعه فى العقد جاز أن يشترط بعضه كأصل آخر. ينظر المنتقى (٤/٢١٦).

(٢) فى المحلى: وكل شرط وقع فى بيع منهما، أو من أحدهما، برضا الآخر فإنهما إن عقداه قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع بالتفرق بالأبدان، أو بالتخيير، أو فى أحد الوقتين - يعنى قبل العقد أو بعده - ولم يذكراه فى حين عقد البيع، فالبيع صحيح تام، والشرط باطل لا يلزم.

فإن ذكرا ذلك الشرط فى حال عقد البيع فالبيع باطل مفسوخ، والشرط باطل - أى شرط كان لا تحاش شيئا - إلا سبعة شروط فقط، فإنها لازمة، والبيع صحيح، إن اشترطت فى البيع - وهى:

اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى.

=

قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة إذا اشترطها مشترى الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن، ولو أجيحت كلها كانت من المشترى، وتمسك ابن حزم فى أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى تزهى، وحمل هذا على عمومه، والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون إلى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها.

**فرع**: قال أصحابنا: يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع، وقال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: لا يحصل إلا بعد قطع الثمار، وممن صرح بهذا الفرع القاضى حسين، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة تافهة.

**فرع**: فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشترى، فلو اشترطها البائع فلا خلاف فى الجواز، وإن اختلفوا فى جواز إفرادها فى البيع، فإن ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح، قال القاضى أبو الطيب: قال فى كتاب الصرف فذلك جائز؛ لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة فى نخله حين باعها إياه إذا كان استثناها على أن يقطعها، فإن استثنى على أن يقرها فلا خير فى البيع؛ لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة إلى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله، قال القاضى أبو الطيب: وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز إلا بشرط القطع، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا؛ لأنه يجوز أن يشترط مطلقا، وإنما شرط القطع فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

**قلت**: قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل

---

= واشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجلٍ مسمى.
واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة - وإن لم يذكرا أجلاً.
واشتراط صفات المبيع التى يتراضيانها معا ويتبايعان ذلك الشىء على أنه بتلك الصفة.
واشتراط أن لا خلابة.
وبيع العبد، أو الأمة، فيشترط المشترى مالهما أو بعضه مسمى معينا، أو جزءا منسوبا مشاعا فى جميعه، سواء كان مالهما مجهولا كله، أو معلوما كله، أو معلوما بعضه، مجهولا بعضه.
أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشترى الثمرة لنفسه أوجزءا معينا منها أو مسمى مشاعا فى جميعها.
فهذه ولا مزيد، وسائرها باطل.

يجعل كالزائل؟ فإن الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت إليه فأشبهت الداخلة فى ملكه ابتداء، فلذلك شرط شرط قلعها، والوجهان مشهوران فى طريقة المراوزة حكاهما القاضى حسين وغيره، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟ وخرجوا على ذلك مسائل:

منها إذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح؟ فيه الوجهان، فإن قلنا هناك: يصح، فههنا يجب القطع فى الحال، وإن قلنا هناك: لا يصح، فههنا يصح، ولكن لا يجب القطع فى الحال، هكذا قال القاضى حسين.

ومنها إذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته، ثم مات السيد، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق، وفى الولاء قولان:

إن قلنا: المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة، وإلا فللمتوفى، ومنهم من يؤول نص الشافعى على ما إذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشترى الطلع، فإنه يجوز بشرط القطع، هكذا قال القاضى حسين وغيره، وممن جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه، لكن أكثر العراقيين جازمون بإنكار ذلك، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ فى النقل؛ لأن حرملة نقل إذا كان اشتراها على أن يقطعها فإن اشتراها على أن يقرها فلا خير فى البيع، فوقع الخطأ فى النقل من قوله: اشترى إلى قوله استثنى، ووافقهم القفال على هذا.

والقاضى حسين - أيضا - صحح خلاف ظاهر النص، وحمله تأويله أنه أراد به إذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشترى ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء إلا بشرط القطع، ولكنا نعود إلى الكلام فى ذلك عند بيع الثمار.

وأما الحديث فليس فيه تعرض لذلك، نعم قد يقال: إذا كان مقتضاه أن يكون للمشترى فينبغى إذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل، كما لا يصح استثناؤه لا يصح ههنا، فما وجه جزم الأصحاب بصحته؟ ونظرهم بعد ذلك فى أنه هل يشترط شرط القطع أم لا؟ والجواب عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم، وقد تقدم خلاف فى جواز إفرادها بالبيع، فإن قلنا به فلا إشكال فى جواز استثنائها، وإن قلنا بقول أبى إسحاق المروزى وهو: أنه لا يجوز إفرادها بالبيع فذلك؛ لأن المقصود

فيها مغيب، ولا يلزم من ذلك ألا يجوز استثناؤها، فإنه لا يشترط فى المستثنى ما يشترط فى المبيع.

وقال المالكية: إن شرطها البائع لم يجز، وكأن المشترى باعها قبل بدو صلاحها.

**فرع:** إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فأطلق، قال الإمام: دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشترى، قال: وهذا مشكل جدا، وأن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائه محال عندى، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد فى الأشجار، ويكون كاستثناء الحمل.

وهذا الذى ذكره الإمام هو الذى جزم به الماوردى، وأنه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردى - أيضا - تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع.

**فرع:** إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الإمام: فإن لم يشترط التقييد يعنى بشرط القطع رأينا الإبقاء، وإن شرطنا أوجبنا الوفاء، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة إذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وإن كان يشترط فى صحة بيعها إذا أفردت شرط قطعها.

**قلت:** لأنها لم تشرف على الزوال، فإن العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها، بخلاف ما قبل التأبير، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط فى الاستثناء شرط القطع، والله أعلم.

**فرع:** قال الماوردى: إنه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد، لتعذر اشتراط القطع به، وهذا منه بناء على أمرين:

**أحدهما:** وجوب اشتراط القطع والأصح خلافه، وقد تقدم الكلام فيه قريبا.

**والثانى:** أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة، وسيأتى الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح، والله أعلم.

فرع: قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشترى، فلو تلفت فى يد البائع قبل القبض؛ ثبت للمشترى الخيار، إن شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض، وإن شاء أجاز فى الأصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين فى تفريق الصفقة، وليس كما إذا قطعت يد العبد، فإنه إن أجاز يجيز بجميع الثمن قولا واحدا

على المشهور؛ لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف، ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعى - رضى الله عنه - وممن صرح بهذه المسألة القاضى أبو الطيب والمحاملى والرويانى، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشترى لنفسه ثم تلفت.

وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد: أنه يأخذه بحصته من الثمن، وعن القاضى أبى حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعى - رضى الله عنه - ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين فى أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن؟ وهو مردود لنص الشافعى - رضى الله عنه - على خلافه.

**فرع:** باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشترى: إنها مؤبرة، ولم يعلم المشترى بتأبيرها، ثم علم كان الخيار، قاله الشافعى - رضى الله عنه - والأصحاب القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى وعللوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى، فإن من الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة، أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة، وأيضا فإنه يحتاج إلى الدخول فى ملكه، وربما يتأذى به، قال ابن الرفعة: ولا يقدح ذلك فى البيع قولا واحدا، وإن قدح فى الزرع على وجه؛ لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض.

**فرع:** بيع الطلع فى قشره مفردا مقطوعا على الأرض، أو على النخل بشرط القطع، فيه وجهان.

قال أبو إسحاق: لا يصح؛ لأن المقصود من الطلع ما فى نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه.

وقال ابن أبى هريرة: يصح؛ لأن الجميع مأكول، والمأكول إذا استتر بعضه جاز بيعه، والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبى حامد فيما نقل عنه، والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والماوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى.

وقال الإمام: إن معظم الأصحاب ذهبوا إليه، وإن صاحب التقريب حكى فيه قولين، وبناهما على بيع الحنطة فى سنبلها، ونقل ابن الصباغ عن أبى حامد أنه اختار قول أبى إسحاق ثم المجوزون لذلك إنما يجوزونه بشرط القطع إذا كان على النخل، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما، وهو ظاهر، والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهى عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير.

قال صاحب التتمة: كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة، وسيأتى، فى كلام الإمام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك، ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة: إذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشترى، وإن شقق فى أوانه فهو للبائع، وإن لم يتشقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع إقامة لوقت التشقق مقام التشقق أو لا؟ فيه نظر واحتمال.

**قلت**: وهذا الاحتمال باطل، والحكم كما مر مع الظهور وجودا أو عدما.

**فرع**: قال الشيخ أبو محمد: إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحرم الكمام للمشترى فإنه يترك على النخلة نقله عنه فى النهاية، وجزم به فى الروضة نقلا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة.

**فرع**: باع نخلة لم يخرج طلعها فإنه يخرج طلعها على ملك المشترى، فلو استثناه البائع؛ بطل البيع قاله الخوارزمى فى الكافى.

**فرع**: لو شرط غير المؤبرة للمشترى قال فى التتمة: كان تأكيدا ولك أن تقول: يصير كشرط الحمل إذا صرح به، وفيه خلاف، وسيأتى نظيره فيما إذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح، قالوا فيها: يصح، وسيأتى البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى؛ لأن المؤبرة التى لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولا واحدا، ولكن يشترط فيه شرط القطع، وغير المؤبرة لنا فى بيعها مفردة خلاف، فمن يقول بعدم الصحة يوجب إلحاقها بالحمل، فإذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل، وفيه خلاف والأصح عند الرافعى بطلانه، والله أعلم.

**فرعان**: ذكرهما أبو العباس بن سريج، ونقلهما الشيخ أبو حامد فى تعليقه عنه.

**أحدهما**: اشترى نخلة فأثمرت فى يد البائع فالثمرة للمشترى، ولا يكون شىء من الثمن مقابلا لها، وهى أمانة فى يد البائع فإن سلمها استقر البيع فى النخلة، وخرجت الثمرة من أمانته، وإن تلفتا انفسخ البيع فى النخلة، وعليه رد ثمنها، ولا شىء عليه لأجل الثمرة، وإن تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن، وإن سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشترى، وأخذ الثمرة ولا شىء للبائع.

**الثانى**: اشترى أرضا عليها نخيل مؤبرة، واشترط كل ذلك، وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها فالثمرة الحادثة فى ملك المشترى، فإن أكل البائع الثمرتين - جميعا - كان عاصيا فيهما، وعليه بدل الثمرة الخارجة إن كان

أكلها رطبا فثمنه وإن كان أكلها تمرا فمثله، وأما الخارجة فالمشترى بالخيار لأجلها، فإن فسخ البيع؛ رجع بجميع الثمن، وإن أجاز فعلى القولين فى جناية البائع.

إن قلنا: كالآفة السماوية، أجاز فى الأرض والنخل بحصتهما من الثمن.

وإن قلنا: كالأجنبى أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم.

**فائدة:** الغزالى - رحمه الله تعالى - فى المستصفى من المنكرين لهذا المفهوم، ولكنه فى كتبه الخلافية كالتحصين بالغ فى إثبات ذلك وتقريره وأن عرف العرب فى الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع، وأن الإشكال فى المسكوت عنه، والبقاء على النفى الأصلى فيه إنما كان قبل التخصيص، أما بعد التخصيص ارتفع الإشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع، والسر فى الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفى والإثبات بطريق الإيجاز، ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة.

والجملة إما أن تتمثل فى الذكر بقوله: من باع نخلة فإنها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة، فإذا استدرك وقال: بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة وإما أن تتمثل فى الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله: الثيب أحق فإنه قطع عن البكر؛ إذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم، والعلف - أيضا - كذلك مع إثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة، واليوم فى قوله: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾[البقرة: ١٨٧] والتأبير نفى البكارة والعلف والليل والاستتار، وليس فى إثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعا لذلك الاتصال.

نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم إلى الذكر القاصر.

فأما مجرد الذكر فلا يدل، والتخصيص دليل بالوضع العرفى، فلا يخرج عن كونه دليلا إلا بقرينة، فليدرك التفاوت بين الرتبتين.

وهذا الذى ذكره الغزالى - رحمه الله - من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين.

فيعلم بهذا الكلام السبب فى ذلك.

وأما من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال: فهو جدير بألا يكلم، ومراده بالعرف عرف المحاورة فى كلام العرب لا عرف طارئ بعدهم.

وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ومفهوم قوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ».

وأما الأول: فلأن الخلع لا يتفق إلا فى حالة الشقاق، ويستحيل بحكم العادة وقوعه فى حالة المصافاة، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة، ولم يقع البعض عن البعض، وذكره اللحوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان، وهو كل محل الحاجة.

وأما الحديث: فلأن المرأة إما أن تفوض أمرها للولى لحيائها، أو تستقل لزوال حيائها.

أما المباشرة بإذن الولى: فلا تقع فى العادة فلم يكن من محل البيان فى غرضه، والله أعلم.

**فائدة أخرى فى التأبير:** عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - قال: «أَبْصَرَ النَّبِى ﷺ النَّاسَ يُلَقِّحُونَ النَّخْلَ فَقَالَ: مَا لِلنَّاسِ؟ قَالُوا: يُلَقِّحُونَ.

فَقَالَ: لَا لِقَاحَ - أَوْ لَا أَدْرِى اللِّقَاحَ شَيْئًا، فَقَالَ: فَتَرَكُوا اللِّقَاحَ، فَخَرَجَ ثَمَرُ النَّاسِ شِيصًا، فَقَالَ النَّبِى ﷺ: مَا شَأْنُهُ؟ قَالُوا: كُنْتَ نَهَيْتَ عَنْ اللِّقَاحِ، فَقَالَ: مَا أَنَا بِزَارِعٍ وَلَا صَاحِبِ نَخْلٍ لَقِّحُوا»[1] أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمى هذا الحديث فى كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهى عن اللقاح ثم الإذن فيه، ونقل عن بعضهم أن

---

(١) أخرجه الحازمى فى الاعتبار ص(٤٠٩) وفى إسناده مجالد بن سعيد وهو ضعيف.
وفى الباب عن طلحة بن عبيد الله
أخرجه مسلم ٤/ ١٨٣٥ كتاب الفضائل باب وجوب امتثال ما قاله شرعا دون ما ذكره ﷺ (١٣٩/ ٢٣٦١) وأحمد ١/ ١٦٢و١٦٣ وابن ماجه ٤/ ١٠٧ كتاب الرهون باب تلقيح النخل (٢٤٧٠) وعبد بن حميد (١٠٢) وأبو يعلى (٦٣٩) والبزار (٩٣٧) و (٩٣٨) وعن عائشة وأنس بن مالك
أخرجه مسلم ٤/ ١٨٣٦ (١٤١/ ٢٣٦٣)، وأحمد ٦/ ١٢٣، وابن ماجه (٢٤٧١)، وأبو يعلى (٣٤٨٠) و (٣٥٣١) وابن حبان (٢٢)
وعن رافع بن خديج
أخرجه مسلم ٤/ ١٨٣٥ - ١٨٣٦ (١٤٠/ ٢٣٦٢)

قوله: «لا لقاح» صيغة تدل على النهى، وأن للشارع أن يتحكم فى أفعال العباد كيف أراد، ولهذا قالوا للنبى ﷺ: كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم، ومال الحازمى إلى أن ذلك ليس بحكم شرعى، ولقوله فى رواية أخرى: «إِنَّمَا ظَنَنْتُ ظَنًّا فَلَا تُؤَاخِذُونِى بِالظَّنِّ، وَلَكِنْ إِذَا حَدَّثْتُكُمْ عَنْ اللَّهِ - تَعَالَى - شَيْئًا فَخُذُوا بِهِ، فَإِنِّى لَنْ أَكْذِبَ عَلَى اللَّهِ»[١] ثم قال الحازمى: وعلى الجملة: الحديث يحتمل كلا المذهبين، ولذلك أبقينا يعنى فى الناسخ والمنسوخ.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه لا يدخل فى بيع الأصل؛ لأن جميع الطلع مقصود مأكول، وهو ظاهر، فلم يتبع الأصل كالتين.**

**والثانى: أنه يدخل فى بيع الأصل وهو الصحيح؛ لأنه طلع لم يتشقق، فدخل فى بيع الأصل كطلع الإناث وما قاله الأول لا يصح؛ لأن المقصود ما فيه وهو الكش الذى يلقح به الإناث وهو غير ظاهر، فدخل فى بيع الأصل كطلع الإناث».**

**الشرح:** الفحال - بضم الفاء وحاء مهملة مشددة، وآخره لام -: ذكر النخل، وقال ابن فارس: الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحلا لإناثه، قال ابن قتيبة: وهو فحال النخل ولا يقال: فحل، ولذلك اعترض معترض على الشافعى - رضى الله عنه - فإن الشافعى قال: وإن كان فيها فحول، فقال هذا المعترض: إن هذا خطأ؛ لأنه لا يقال فى النخل فحل، ولا فى جمعه فحول، وإنما يقال فحال وجمعه فحاحيل، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز فى اللغة، وقد ورد به الشعر.

قال الشاعر:

تأبرى يا خيرة الفسيل ... تأبرى من حنذٍ فشولى
إذ ضن أهل النخل بالفحول[٢]

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما فى بطون طلع الفحال الذى يلقح

---

(١) انظر ما تقدم.
(٢) الأبيات من الرجز لأحيحة بن الجلاح ينظر اللسان (حنذ)، و(شول) التاج (فحل وشول) والتنبيه والإيضاح (٢/٦٨).

بها طلع الإناث.

**أما الأحكام:** فقال الأصحاب تبعا للشافعى: إذا كان فى النخل فحول فإما أن تفرد الفحول بالبيع وإما أن يبيعهما معا فإن أفرد الفحول بالبيع فإما أن يكون قد تشقق شىء من طلعها أو لا، فإن تشقق شىء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة وإن لم يكن تشقق شىء من طلعها فأحد الوجهين: أنه للمشترى وهو الصحيح وقال المصنف فى التنبيه والشيخ أبو حامد فى تعليقه: إنه المنصوص، وادعى بعضهم أنه ليس فى المسألة نص.

ومن أصحابنا من قال: للبائع، مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الإناث؛ لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الإناث فإن المقصود ما فى جوفه، فإذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشترى وهذا أصح عند الماوردى والجرجانى فى التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل، بل الكش الذى يلقح به، وهو غير ظاهر فهو كالإناث فى التشقق سواء.

قال الماوردى: هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا فى طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق؟ أو قياس تقريب؟ قال بعضهم: قياس تحقيق، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبرا إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبرا اعتبارا بالعرف ا هـ.

ولو كان قد تشقق شىء من طلع الإناث وأفرد الذكور بالبيع وهى غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتيين فيما إذا أفرد ما لم يؤبر بالبيع، قاله الفورانى وأما إذا جمع فى العقد بين الفحول والإناث فإن كان قد تشقق شىء من طلع الإناث؛ فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقا.

أما على الصحيح فلأن الكل كطلع الإناث، وأما على الوجه الآخر، فإن طلع الإناث تشقق، وطلع الفحال له بكل حال، وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الإناث، وكان ينبغى أن يأتى فيها وجه بأن طلع الفحال للمشترى، بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر، كما سنحكيه عن القاضى حسين والإمام فى القسم الآخر لغير المتشقق فيه، فهو كجنس آخر، وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف.

وقال الجورى: إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا، فقال أبو حفص: إنما

جعلت الفحول تابعة؛ لأنها للأقل فالنادر يدخل فى الغالب؛ ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا، فاستوى المؤبر منه وغيره، وقال غيره: إذا تشقق شيء من الإناث فباقى الحائط وذكوره وإناثه تبع له، وإذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقى من الذكور والإناث تابع، فهذا الكلام يقتضى أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال، وأنه علل تبعيتها للإناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهى الندرة، غير أن التعليل بالندرة إنما يتم على ما هو المعهود غالبا، فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وإن لم يتشقق شيء منها أصلا لا من طلع الإناث، ولا من طلع الفحول، فعلى الصحيح الكل للمشترى، وعلى الوجه الآخر طلع الإناث للمشترى والفحال للبائع.

وقال القاضى حسين: على هذا الوجه فيه وجهان كما فى طلع الإناث إذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض، وجمع بينهما فى العقد، وكذلك الإمام جعل تبعية الإناث للذكور كاستتباع النوع النوع، وكذلك حكى الوجهين، وقال: إن الأصح أن طلع الإناث لا يتبع طلع الفحول وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الإناث، وقال المتولى: إنه على هذا الوجه يكون الفحول والإناث كالجنسين، فلا يجعل الإناث تبعا لها، وإن كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع.

وحكى فى الحاوى وجها وصححه: أن طلع الإناث لا يتبع طلع الذكور، وإن كان طلع الذكور يتبع طلع الإناث؛ لأن مقصود الثمار طلع الإناث، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه، وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى - رضى الله عنه - كما سأبينه قريبا إن شاء الله تعالى.

فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخر، وعلى الوجه الآخر: طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الإناث للمشترى، وينبغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الإناث - أيضا - للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين، إلا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الإناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد.

واعلم أن عبارة المختصر: وإن كان فيها فحول بعد أن تؤبر الإناث فثمرتها للبائع، وظاهر هذه العبارة إذا باع الفحول والإناث جميعا وقد أبرت الإناث فالكل للبائع، وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك، وأبدينا فيها احتمال وجه،

وعبارة الشافعى فى الأم: «ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر إناث النخل فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» وهذا يشبه عبارة المختصر إلا أن إطلاق عبارة الأم تصدق على ما إذا باع الأصل وحده بعد تأبير الإناث وهذا لا يستمر إلا على الوجه القائل بأنه إذا أفرد ما لم يؤبر يجوز إذا كان تأبر شىء من غير نوعه من ذلك الجنس، ومفهومه يقتضى أنه إذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشترى، كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره إشكال؛ لأنه يشمل ما إذا تأبر هو قبل أن تتأبر الإناث، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشترى، فلذلك عبارة المختصر أبين.

ثم قال الشافعى فى الأم: «ومن باع نخلا قبل أن تؤبر إناث النخل فالثمرة للمشترى» وهذا النص يقتضى أن ثمرة الإناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب: أنه إذا تشقق شىء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح، ويشهد للاحتمال الذى أبديته فيه، هذا إن كان قول الشافعى نخلا بالنون والخاء المعجمة، وإن كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ، فإنه حينئذ يقتضى أن الفحال إذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الإناث أن طلعه للمشترى ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب، وإنما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى؛ لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحلا بعد أن تؤبر الإناث فقسيمه من باع فحلا قبل أن يؤبر، وإن كان ذلك ليس بلازم - والله سبحانه وتعالى أعلم.

ويؤيد ما قلته أن الشافعى قال - أيضا - فى المختصر: ولو تشقق طلع إناثه أو شىء منه فهو فى معنى ما أبر نخله، فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طلع الذكور.

**فائدة**: أطلق المصنف الوجهين فى هذا الكتاب، ولم ينسب شيئا منهما إلى النص، وكذلك فعل القاضى أبو الطيب، وفى التنبيه قال: وقيل: إن ثمرة الفحال للبائع بكل حال، وهو خلاف النص، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد، فهذا أحد المواضع التى يؤخذ منها ما اشتهر على ألسنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد، والمهذب من طريقة القاضى أبى الطيب، وذلك غير مستمر، فسيأتى فى تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب، لكن ذلك فى صنعة التصنيف لا فى النقل وفى ذلك الموضع يأتى كلام فى مخالفته أبا حامد أو موافقته.

والظاهر عندى أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما، نعم إن كان ذلك

فى الأكثر فربما، ويترك ذلك فى بعض الأوقات لما يترجح عنده، ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال إلا ما حكيته عن الأم والمختصر، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما، ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك، والله أعلم.

**فرع**: قال الماوردى: إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه فى قشره؛ لأنه من مصلحته، وكان أبو إسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا، قال: وليس هذا بصحيح، ونسب الإمام الأول إلى معظم أصحابنا، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر فى ذلك قولين، وأنه بناهما على بيع الحنطة فى سنبلها، قال الإمام، وهذا مقدح حسن.

**فائدة أخرى**: ادعى بعضهم أنه ليس فى خصوص مسألة الفحال نص للشافعى، وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الإبار حد لملك البائع؛ لأن الإبار عبارة عن إصلاح طلع الإناث بعد تشققه أو شقه بالكش الذى فى طلع الفحال، فلا إبار فى الفحال، فلا دخول له فى هذا، ولا يمكن حمل كلامه فى التنبيه فى قوله: وهو خلاف النص على نص الحديث؛ لأن الحديث إنما يحمل على التأبير اللغوى، وهو إنما يكون للإناث على ما سبق، وجعل التشقق فى معناه حكم شرعى من إلحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعى أولى.

**فرع**: باع فحالا لا طلع عليه، ثم أطلع قبل لزوم العقد، قال فى الاستقصاء:

فإن قلنا: إنه كطلع الإناث فهو للمشترى.

وإن قلنا: إنه كالمؤبرة وقلنا: إنه يملك بالعقد أو موقوف فهو - أيضا - للمشترى.

وإن قلنا: إنه لا يملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع؛ لأنه حدث والمبيع على ملكه.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر، فيكون الجميع للبائع؛ لأنا لو قلنا: إن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فجعل ما لم يؤبر تبعا للمؤبر؛ لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر؛ لأن الظاهر لا يتبع الباطن، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها فى تصحيح البيع، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن فى إفساد البيع.**

**وقال أبو على بن خيران: إن كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر، وإن**

**كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر؛ لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره، والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدى وذلك يوجد فى النوعين كما يوجد فى النوع الواحد.**

**وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى، ولا يتبع أحدهما الآخر؛ لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه.**

**الشرح**: الحائط وهو البستان من النخيل.

**أما الأحكام**: ففى هذه الجملة مسألتان:

**الأولى**: إذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر، وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر.

أما إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الأصحاب تبعا للشافعى - رضى الله عنه - واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله ﷺ: «من باع نخلا قد أبرت»، قال ابن عبد البر: وأصل الإبار أن يكون فى شىء منه الإبار، فيقع عليه اسم أنه قد أبر، كما لو بدا صلاح شىء منه، وفيما ذكروه من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفى تأبير نخلة واحدة فى البستان، بل طلعة واحدة ويصير الباقى تبعا فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة فى غاية البعد.

وقد وقع فى كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث: وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وهذا لو ثبت كان صريحا فى المطلوب، لكنى لم أجده فى شىء من ألفاظ الحديث التى وقفت عليها، وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة، وحقيقة ذلك أن يكون فى الجميع، واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره بإسناد بل أتى به فى ضمن استدلال، فلعله لم يتثبت فيه، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير فى كل طلع النخلة، بل متى وجد فى شىء منها صح أنها أبرت، فيكون جميع ثمرتها للبائع، وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل، بل يكتفون بتأبير بعضها.

واستدل أبو إسحاق المروزى لذلك بما ذكره المصنف، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر فى دخوله فى البيع؟ وأجابوا بأنه استقر فى الشرع أن الباطن تبع للظاهر، وليس الظاهر تبعا للباطن، فإن ما بطن من أساس الحائط ورءوس الأجذاع تبع لما ظهر فى جواز البيع، وأيضا فإنه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول: إن الحكم بتبعية الأساس أمر ضرورى لصحة البيع ولا كذلك الثمار؛ ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشترى، اتبع شرطه، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها؛ اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به، وأورداه العقد عليه، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة، واستدلوا - أيضا - بأن بدو الصلاح فى بعضها بمنزلة بدو الصلاح فى جميعها، فكذلك التأبير، ولك أن تجيب بأن المعنى فى الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح فى جميعها؛ أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال فإنه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدى إلى فساد الثمرة وتأذى مالكها وليس هذا المعنى موجودا هنا، والله أعلم، وفى كلام الشافعى فى الأم إشارة إلى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب.

وأما إذا كان الحائط أنواعا فالمذهب - أيضا - أن ما لم يؤبر تابع لما أبر، فإن الشافعى قال: إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شىء من نخله فثمرة النخل تلك فى عامه ذلك للبائع، ولو كان منه ما لم يؤبر، ولم يطلع؛ لأن حكم ثمرة ذلك النخل فى عامه ذلك حكم واحد، كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر، قال صاحب التتمة: ويخالف الجارية الحامل بولدين، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة فى النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤبرا، وبعضها غير مؤبر، فأما إذا كان بعض النخيل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها للبائع والتى لم تنتج، يدخل حكمها فى العقد؛ لأن نتاج الأغنام لا يتفق فى وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل.

وقال أبو على بن خيران: لا يكون تأبيرا إلا فى نوعه؛ لأن الأنواع يختلف إدراكها وتتفاوت، والنوع الواحد لا يتفاوت، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو على بن أبى هريرة لكنه شرط فى ذلك أن يكون أطلع حتى يكون فى حكم المؤبر وإن اختلف النوع.

أما ما ظهر من الطلع بعد البيع، فقال بأنه للمشترى؛ لأنه ظهر فى ملكه وغلطوه فى ذلك بالنص الذى قدمته عن الشافعى آنفا، وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع، وهذا نص صريح.

وقول ابن أبى هريرة هذا صححه الماوردى، وسيأتى فى كلام المصنف، وإنما ذكرته هنا لتعلقه به، فإنه ينتظم به فيما إذا باع نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه:

**أحدها**: وهو المذهب: أن ثمرة جميع ذلك العام للبائع.

**والثانى**: قول ابن خيران: ليس للبائع إلا المؤبر.

**والثالث**: قول ابن أبى هريرة: أن للبائع المؤبر، والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشترى ما أطلع بعد البيع والله أعلم ولم يقل أحد من الأصحاب بإفراد المؤبر بحكمه، ومذهب مالك - رحمه الله - أنه إذا أبر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع، وإن كان المؤبر أقله فكله للمبتاع، واضطربوا إذا أبر نصفه، قال ابن عبد البر: والأظهر من المذهب أنه للمبتاع إلا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع.

**فرع**: هذا كله فيما إذا باع الجميع، أما إذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتى ذلك فى كلام المصنف - رحمه الله تعالى - إن شاء الله تعالى.

**المسألة الثانية**: إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع، وما لم يؤبر للمشترى، ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف، هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب والماوردى والرويانى كما فرقنا فى الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم، وقاسه الشيخ أبو حامد - أيضا - على بدو الصلاح، فإن بدو الصلاح فى أحد الحائطين لا يستتبع الآخر، وفيه وجه آخر أن أحد البستانين يتبع الآخر، وجعل الرافعى الخلاف فى البستانين مرتبا على البستان الواحد فحيث قلنا فى البستان الواحد: إن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فههنا أولى.

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فههنا وجهان.

**أصحهما**: أن كل بستان يفرد بحكمه، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا فى وقت التأبير.

فاقتضى كلام الرافعى - رحمه الله - جريان الخلاف فى البستانين فى صور:

**إحداها**: عند اتحاد النوع والصفقة.

**والثانية**: عند اختلاف النوع على المذهب.

والثالثة: عند تعدد الصفقة إذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع، فإنه يكون كما لو أفرد غير المؤبر فى البستان الواحد، ولنا فيه خلاف سيأتى، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الرافعى أن يأتى فى البستانين خلاف إذا أفرد غير المؤبر بالبيع، وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره، فإن القاضى حسينا حكى عنه فى ذلك وجهين.

وأما عند اختلاف النوع فغريب، وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية، وجعل محل الوجهان فيما إذا كان الصنف واحدا، فأما إذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى، لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة، وقد يقال: إنه حاصل بدخول وقته وإن لم تشمله صفقة، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعى وغيره: ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين.

قال ابن الرفعة: يشترط أن يكونا فى إقليم واحد بل فى مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى - رضى الله عنه - وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا، فإن صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل، لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط، فإن قطعتى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان، وجعل التأبير فى أحد الجانبين دون الآخر، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤبر تابع لما أبر، فإذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك، فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا فى العرف مكانين، ولا يعدان مكانا واحدا، وأسباب ذلك إما حاجز بينهما، وإما غير ذلك مما هو معلوم فى العرف فإن من الأراضى ما هى قطعة

متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينها.

وأما القطعة الواحدة إذا أبر جانبا منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية؛ لأن صاحب الحاوى قال: وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا يشترط الحاجز، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة إلى ما قلناه.

**فرع**: هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة، وغير المؤبر يتبع، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه، وهذا وإن كان من الواضحات - فإن صاحب العدة صرح به، فذكرته تبعا له ورغبة فى الإيضاح، والله - سبحانه - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط، ثم أطلع الباقى، ففيه وجهان.**

**قال أبو على بن أبى هريرة: ما أطلع فى ملك المشترى لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشترى؛ لأنه حادث فى ملكه فلا يصير للبائع.**

**والثانى: أنه يتبع المؤبر، فيكون للبائع؛ لأنه من ثمرة عامه، فجعل تابعا له كالطلع الظاهر فى حال العقد.**

**فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففى طلعه وجهان:**

**أحدهما: أنه للبائع؛ لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع.**

**والثانى: أنه للمشترى؛ لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه، فيصير تابعا له، فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله».**

**الشرح**: فيه مسألتان: المسألة الأولى: إذا باع جميع نخل البستان، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد، فأطلع بعد البيع فى ملك المشترى فلا إشكال فى أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطلعا غير مؤبر تابع له، فيكون للبائع أيضا.

أما ما أطلع بعد ذلك، فإن كان من طلع العام المستقبل فهو للمشترى، وليس محل الوجهين، نبه عليه الماوردى، وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان:

**أحدهما** - وهو قول ابن أبى هريرة، وادعى الماوردى أنه الأصح، وتبعه ابن أبى عصرون -: أن ما أطلع فى ملك المشترى لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشترى

كحدوثه فى ملكه، وقد صحح ابن الصباغ - أيضا - هذا الوجه عند الكلام فى اختلاط ثمرة النخل المبيعة بثمرة البائع.

**والثانى**: وهو قول أبى حامد الإسفراييني وقال: إنه المذهب أنه يتبع فيكون للبائع خوفا من سوء المشاركة، كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر خوفا من سوء المشاركة، ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعى، وفرق الماوردى منتصرا لقول ابن أبى هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه، ويلزم فيه بالشرط، فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه العقد، قال: ولو كان التعليل المذكور صحيحا؛ كان بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه، قال: وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله، وفساد تعليله، يعنى أبا حامد.

**قلت**: وقد تقدم أن قول ابن أبى هريرة الذى انتصر له الماوردى مخالف لنص الشافعى الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر الحديث، فإنه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع، وثمرتها تشمل ما كان مطلعا حين العقد، وما لم يكن خرجنا عنه فى ثمرة العام المستقبل بدليل، فينبغى فيما عداه على ظاهر العموم، إلا أن يقال: إن قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة، وهى المطلعة، وليس ببعيد، لكن سوء المشاركة حاصل، والحاجة داعية إلى ذلك، وما ألزم به الماوردى من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق، فإنما يلزم لو كان كل ما يشترط فى البيع يشترط فى الاستثناء.

وقوله: «إن ما لم يؤبر يصح العقد عليه» فرعه على رأيه، ورأى غيره، وقد تقدم عن أبى إسحاق: أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملى وغيره، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور، وفى التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها: وهى جارية المكاتب إذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها، قال: نص أن الولدين للسيد، فاستنبط منها هذا الوجه، ووجه فى الجارية إذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها، فالولد الذى فى البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الإمام، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثانى للمشترى، وعن الخضرى أنه كان يحكى فى ذلك قولين:

**أحدهما**: ما نسب إلى النص.

**والثانى**: ما رأى الإمام أنه الصواب.

قال ابن الرفعة: ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع، فستعرف فى باب الجنايات وغيره، أن المرجح فى المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل، فعلى هذا يكون للبائع، وعلى الأول ينبغى أن يقطع فى هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن؛ لأنه قد علم وجوده، ثم قال الإمام فى الحالة الأولى: ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع فى الأم على ظاهر المذهب.

قال ابن الرفعة: أو يصح على ظاهر المذهب؛ لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر، من حيث إن البائع لم يستثنه، وإنما الشرع استثناه، وقد اختلف قوله يعنى الإمام فى أن المرجح فيه الصحة أو البطلان.

قلت: وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين، وحكمه والتصحيح فيه معلوم فى موضعه، ولقد تعجبت من صاحب البيان فإنه قال: إن القول بأن ما أطلع للمشترى، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره، والموجود فى تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك.

**المسألة الثانية**: إذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا إشكال فى أن ثمرته للبائع، وإن أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا، وممن حكاهما القاضى أبو الطيب. وقوله: «فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع» يعنى إذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر، فإذا أفرده بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع، ونظير المسألة إذا بدا الصلاح فى بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التى لم يبد صلاحها فيها ففى صحته وجهان كالوجهين.

**والصحيح**: أن الطلع للمشترى، وممن صححه صاحب البيان وقال إمام الحرمين: إن القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول: دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه، وهذا الكلام من الإمام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول: إن وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالى يقتضى ذلك، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلا، ولم أعلم من قال بذلك، وإنما مراد الإمام ومن أطلق العبارة إذا حصل تأبير فى غير المبيع، ولم يحصل فى المبيع وقد تقدم فى ذلك كلام وجزم الفورانى بأنه إذا أفرد النوع الذى لم يؤبر بالبيع؛ أنه ليس حكمه حكم المؤبر، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف

وغيره فيما إذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد، ويمكن أن يكون مطلقا بناء على أن التأبير فى أحد النوعين تأبير فى الآخر، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما إذا أفرد الصنف الذى ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح إبقاء الوجهين فى كلام المصنف على إطلاقهما

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: قال الشافعي - رحمه الله -: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل».**

**وأراد به كرسف الحجاز فإنه شجر يحمل فى كل سنة وتخرج ثمرته فى كمام، وتتشقق عنه كالنخل، فإن باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشترى وإن تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل، وأما ما لا يحمل إلا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع، ويجىء حكمه إن شاء الله تعالى».**

**الشرح**: الكرسف - بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء: القطن، ويقال له: الكرسف والبرسف وهو على نوعين، منه ما يبقى فى الأرض سنين، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشام والبصرة، قال المحاملى: والبلاد الحارة، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه، ويترك القشر على الشجر، كما يترك كمام الطلع على الشجر.

وقيل: إن بعضهم شاهده يحمل فى السنة ثلاث مرات، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فإن فيهما وجها كما سيأتى بإلحاقهما بالزرع وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا فى إلحاقه بالنخل، على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه - أيضا - ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه، فلذلك أفرده بالذكر، وكذلك الشافعي - رضى الله عنه - أفرده بالذكر قال: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل، قال الأصحاب فى هذا النوع من الكرسف: إنه إذا باع الأرض كان تابعا لها، وإن أفرده بالبيع؛ جاز مطلقا، ولا يشترط شرط القطع، وإذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل فى بيعها وكان فيه جوز - فإن كان قد تشقق منه شىء - كان الكل للبائع إلا أن يشترط المشترى وإن لم يتشقق منه شىء فالكل للمبتاع إلا أن يشترط البائع كثمرة النخل سواء، فالتشقق هنا بمنزلة التأبير فى النخل.

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع، والأصحاب

مساعدون له على ذلك، ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق فى أن الكرسف فى ذلك كالنخل، وسيأتى كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره

**النوع الثانى**: ما لا يحمل إلا سنة واحدة، وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة، فحكمه حكم ألزرع إن باع الأرض لم يدخل فى العقد كالزرع إلا أن يشترطه المشترى فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشقق، فسيأتى أنه يمتنع على المشترى اشتراطه، هذا إذا لم يكن اشتد فإن اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض، سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شىء منه؛ لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل، فإن باعه مع الأرض بطل فيه وفى الأرض قولا تفريق الصفقة وكذلك فى الزرع مع الأرض سواء. قاله القاضى أبو الطيب.

وإن باعه وحده - فإن كان خشيشا - لم ينعقد جوزه، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع، وإن كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه؛ لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل، فعلى هذا إن باعه مفردا بطل، وإن باعه مع الأرض بطل فيه، وفى الأرض قولا تفريق الصفقة، وكذلك إذا باع الأرض واشترط المشترى أن يكون ذلك له، واقتصر الرافعى فى ذلك على ما ذكر صاحب المهذب نقلا، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضى أبى الطيب، فإن تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشترى الأرض أن يشترطه، وهل يدخل القطن فى البيع؟ قال صاحب التهذيب: يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل فى بيع الشجرة؛ لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وقال القاضى حسين: إنه يبقى للبائع ولا يدخل فى البيع، وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا رهن خريطة لا قيمة لها، وكان فيها شىء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها؟ أو يجعل المرهون ما فيها؟ لأنه المقصود عادة، وفيه وجهان.

**أصحهما**: الأول قلت: وإن لم يتشقق؟ قال فى التهذيب: لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضى حسين: يصح فى الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود: فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون فى كله فلو تشقق بعضه لم يصح إلا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز، واحتج من منع من بيعه

قبل تشققه بأن المقصود منه القطن وفى البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وإن تشقق جوزه كالطعام فى سنبله، وهذا محمول على غلط فى النسخة التى وقعت لى، وهذه الجملة التى ذكرتها هى قول أكثر الأصحاب وقال صاحب التتمة: إنه إذا تناهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو فى آخر الخريف فبيعه جائز مطلقا، ويكلف تفريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق؛ لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل فى بيع البائع، وهذا الذى قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك:

أما التنبيه فإنه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح إلا بشرط القطع كما فى شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه إلى ذلك.

وأما الاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرسف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد إلا والمقصود حملها، فقوله: إن حملها لا يتبع؛ لأن الشجرة ليست بمقصودة تعليله صحيح، وليس ينبغى أن يكون فيما إذا عنى أنه يشترى الأصول فقط أما إذا قال: بعتك هذا القطن وهذا الزرع دخل؛ لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الإطلاق.

وكذلك إذا قال: بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فإن تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين، وإن لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقية؛ لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها، وإن باعه بشرط القطع لم يصح؛ لأنه لا منفعة فيه فى تلك الحالة فأما إن انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة فى السنبل هذا كلام صاحب التتمة قال: فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال: فيه قولا بيع الغائب والشجرة - وإن كان قد رآها - فهى تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال: فى الجوز قولا بيع الغائب إذا أبطلنا ففى الشجرة قولا تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين، والأمر فى ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقه وقد تبين.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن باع شجرا غير النخل والكرسف - لم يخل إما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة، فإن كان يقصد منه الورد فإن كان**

**ورده يخرج فى كمام ثم يتفتح منه كالورد فهو كالنخيل، فإن كان فى الكمام تبع الأصل فى البيع كالطلع الذى لم يؤبر، وإن كان خارجا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وإن كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع، وما لم يظهر للمشترى، وإن كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه إن لم ينفتح فهو للمشترى، وإن تفتح فهو للبائع؛ لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار.**

**والثانى: أنه للمشترى تفتح أو لم يتفتح؛ لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار، وليس كالثمر؛ لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه.**

**الشرح:** الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل، فإن الشافعى - رحمه الله - لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه، وأتبعه بالكرسف الذى هو فى حكمه، قال بعد ذلك: ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل، واندفع في بيان ما يكون فى معنى ثمر النخل، وشرح الأصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذى له حمل فى كل سنة إلى أقسام، وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد، وتبعه المصنف، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب:

ما يقصد منه الورد.

وما يقصد منه الورق.

وما يقصد منه الثمرة.

والذى يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التى ستأتى فى كلام المصنف.

**والخامس:** ما يظهر فى كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد، وهى ثمرة النخل.

والمصنف لم يذكر فى هذا القسم؛ لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف، فلا تأتى الأربعة كما ذكر والقاضى أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة، فلم يأت فى تقسيمه من الحسن والبيان ما فى تقسيم الشيخ أبى حامد، فلذلك عدل المصنف عنه، وذكر المصنف فى هذه القطعة التى ذكرناها ههنا ضربين:

**الضرب الأول:** ما يقصد منه الورد، وهو على نوعين:

**أحدهما:** ما يخرج فى ورق أخضر لا يشاهد منه شىء، ثم بعد ذلك يتفتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والنرجس، فإن كان قد

تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع، ما تفتح وما لم يتفتح، هذا هو المشهور خلافا لما سنذكره عن صاحب التهذيب ومن تبعه، أن ما تفتح يكون للبائع، وما لم يتفتح يكون للمشترى، وأن ما لم يتفتح منه شيء يكون للمشترى كالطلع حرفا بحرف، هكذا قال أبو حامد، وقال الرويانى فى البحر والشاشى فى الحلية وابن الصباغ والرافعى عن الشيخ أبى حامد: إنه للبائع وإن كان فى كمامه، وإن ذلك ظاهر كلام الشافعى رضى الله عنه.

**قلت**: وهذه الحكاية عن أبى حامد كان يغلب على ظنى أنها وهم، فإن الذى فى تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم، ولا أعلم خلافا فى ذلك، فلعله التبس على الحاكى هذه المسألة بمسألة الثمرة التى عليها نور، ووقع اختلاف فى نقل الحكم مع ذلك، لكن ما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك.

**قلت**: لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه فى ذلك.

ويدخل شجر هذا النوع فى بيع الأرض كسائر الأشجار، وقال البغوى فى التهذيب والخوارزمى فى الكافى: إن الورد إذا تفتح بعضه فالذى تفتح للبائع والذى لم يتفتح للمشترى، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها، وعلله بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك، فإنه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض، فكان كل واحد فى حكم المنفرد بخلاف الثمار فإنها لا تجتنى حتى تتلاحق، وكلام أبى حامد والجرجانى والمصنف فى التنبيه وابن سراقة فى بيان ما لا يسع جهله مصرح بخلافه.

**النوع الثانى**: من هذا الضرب: ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل إلا أنه يخرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين، فإن كان قد ظهر منه شيء، فالجميع للبائع، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشترى، والظهور فى هذا النوع بمنزلة التفتح فى النوع الأول، هذه طريقة الشيخ أبى حامد، وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم.

واعلم أن عبارة المصنف - رحمه الله تعالى - هنا فى الياسمين خاصة، وكذلك عبارة الجرجانى، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب فى الورد لكن عبارة المصنف فى التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد، وأن ظهور بعضه كظهور كله، فينبغى أن تحمل عبارته فى المهذب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب، والله أعلم.

وأطلق القاضى أبو الطيب فى النوعين أنه إن تفتح للبائع، وإن لم يتفتح

للمشترى، وكذلك قال المصنف فى التنبيه، لكن بلفظ الظهور لما قال: أو نورا تفتح كالورد والياسمين فإن كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع، وإن لم يظهر فهو للمشترى، فإن أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضى أبى الطيب، وإن أراد البروز، وإن كان فى الكمام لم يقل به أحد إلا أن يتعسف فى الاعتذار عنه بأن المراد الظهور، وذلك فى الورد وما يخرج فى كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج فى غير كمام بنفس الخروج، فحينئذ يصح، ويكون موافقا لما قاله فى المهذب، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضى أبى الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له وقال الرويانى: إن البنفسج كالورد، وعد جماعة البنفسج والنسرين من جنس الياسمين، وألحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزارى: والمشاهد فى بلادنا خروجه فى كمام يتفتح عنه كالورد يعنى الياسمين.

**فرع**:لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع - صح؛ لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدواب، قاله الخوارزمى.

**الضرب الثانى**: ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان:

**أحدهما** - وهو قول أبى إسحاق وصححه الرويانى -: أنه إن كان قد ظهر من الورق شىء فالكل للبائع، وإلا فللمشترى، هكذا عبارة الشيخ أبى حامد، والشيخ فى عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضى أبى الطيب فإنه قال كذلك، وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت، وقد خرج ورقه، ويرد عليهما فى ذلك ما ورد عليهما فى اعتبار التفتح فى الياسمين، وإن استبعدت حصول التفتح فى ورق التوت فسيأتى فى كلام الماوردى والرويانى ما يثبته، وقد أخبرنى من يخبر ذلك، وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم يتفتح.

**فائدة**: الياسمين بكسر السين، والأشهر جعل النون حرف إعرابه، وفيه لغة أنه يعرب إعراب قائمين بالواو والياء والنون بياءين مثناتين، هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة: إن الأولى مثناة والثانية مثلثة، وأنكرها الجوهرى ونسبها ابن قتيبة فى أدب الكاتب إلى الفرس.

**والوجه الثانى**: أنه للمشترى بكل حال، ونسبه الإمام إلى الجماهير. وصاحب

البيان إلى اختيار الشيخ أبى حامد، وقال فى التهذيب: إنه المذهب وهو الأصح عند الغزالى والرافعى والقاضى حسين وغيرهم؛ لأنه ورق فأشبه سائر الأوراق، ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة فى ذلك، أو أن ذلك من الثمر، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما إذا كان فى أوان الربيع أما فى غيره فالكل للمشترى بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الأوراق.

وفى المسألة وجه ثالث جزم به الماوردى وحكاه الرويانى: أنه إن كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه؛ فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو فى عقده ثم يتفتح عنها، فإن كان فى عقده تبع الأصل وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع، قال الرويانى: وهو قريب من قول أبى إسحاق، ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف، وإن كان الشيخ قد حكاه.

**قلت**: وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردى، وإن كان متجها، فإن النوع الذى يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف.

قال ابن الرفعة: ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض؛ لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة، والله أعلم.

فرع: الخلاف الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب إذا باع شجرت.

قال القاضى حسين: والأغصان لا تدخل فى العقد؛ لأنه ينزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار.

فرع: قال الماوردى والرويانى: الحناء يقصد ورقه - أيضا - ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تتفتح عنه، فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر، فيكون للبائع، وقال صاحب البيان: شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق إذا ظهرت وجها واحدا؛ لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق.

فرع: شجر النبق، قال صاحب التتمة: المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها، وقيل: إنها كالتوت؛ لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة: وهذا ينبغى أن يكون هو الأصح فى بلادنا؛ لأنه مقصود بالثمرة، وله طواحين معدة لطحنه، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرته، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها، فإنها تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فإنه كل مقصوده.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب:**

**أحدها: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب، فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط، وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى؛ لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر.**

**الشرح**: بدأ فى الضرب الثالث من أقسام الشجر، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل فى تقسيمه، ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لإفراده إياهما بالذكر وجعله مورد التقسيم فيما سواهما، إذا علم ذلك فهذا الضرب الذى يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب:

**أحدها**: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب، فإذا باع أصل التين والعنب، فإن كان قد خرجت الثمرة فهى للبائع، إلا أن يشترط المبتاع وإن لم تكن خرجت وإنما خرجت فى ملك المشترى فهى للمشترى، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع، وظهور القطن من الجوز، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أى مثل التين والأمر كما قال، فإن ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام، وأظن مراده بالشامى التوت الأحمر المر، فإن المقصود منه ثمرته لا ورقه، بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وإن كان الحكم فى الثمرة واحدا، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال فى العنب: عندى أن له وردا ثم ينعقد، قال المحاملى: وشاهده قول الشافعى: يعنى الذى معناه: أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد، وهو يشاهد من بين ذلك الورد، ويرى ويتساقط عنه النور، ويبقى الثمر، فتكبر، ولا كذلك

النخل فإنها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة قال ابن الرفعة: وقد يقال على هذا: وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه، وكمام العنب شامل لكل حبة، وكذا كمام غيره من الثمار، ولهذا المعنى أثر يظهر لك فى بيع ما له قشران كالجوز واللوز، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزايلها، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع، فكذا العنب يكون له، والماوردى: يزعم أن العنب نوعان: منه ما يورد ثم ينعقد، ومنه ما يبدو منعقدا.

قال ابن الرفعة: ولا أثر لهذا الاختلاف فى الحكم؛ لأن من أثبت له نورا يقول: إنه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم، والله أعلم.

واعلم أن كلام المصنف فى هذا الضرب والضرب الذى بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب فى الورد والياسمين، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب فى هذا الضرب الذى بعده لم أجد فى كتب الأصحاب ما يخالفه، ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه فى الورد والتين والعنب وقال: إن الصورة الأخيرة، يعنى التين والعنب، محل التوقف، قال صاحب الوافى: لو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر؛ لأنه من ثمرة العام فيكون - أيضا - ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر؛ لأن الظاهر فى حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وإن يكن فرق فمن حيث إن ظهور الشىء بعد الشىء فى التين معتاد، ثم حين بلوغ التين يؤخذ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى إلى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فإنها تترك إلى الجذاذ، فيصير الجميع على حد واحد فى البلوغ، فيختلط ولا يتميز، فاحتجنا أن نجعله تابعا، وفى هذه المسألة لا حاجة إلى ذلك.

**قلت**: هذا اعتراض وجواب جيدان، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك، والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب فى الورد والياسمين، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز، فيفضى إلى المحذور بخلاف التين والعنب، فإن التمييز بينهما بين، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: والثانى: ما يخرج فى كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز، فهو للبائع؛ لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة.**

**الشرح:** هذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب.

قال الشافعى فى الأم: وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه، أو ظهرت ثمرته فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فى أجوافه.

واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز، وذكروا فى ذلك معنيين:

**أحدهما:** أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف، وهو الذى أشار إليه الشافعى.

**والثانى:** تقشر نفس الثمرة، فإنه يدخر عليها، فهو كالتين، وفى كلام المصنف تصريح بإطلاق الشجر على شجر الموز، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر، وكلام الشافعى - رضى الله عنه - فيه.

قال ابن الرفعة: ولأجله قيل: إنه لا تجوز المساقاة عليه، وأما الجوز واللوز والرانج ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «والثالث: ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل فى بيع الأصل؛ لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان، ومن أصحابنا من قال: هو كثمرة النخل الذى لم يؤبر؛ لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع».**

**الشرح:** الرانج - براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم - وهو الجوز الهندى، وهو النارجيل، إذا علم ذلك فهذا الضرب، وهو الثالث من الضرب الثالث، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان، وحكم فى الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وبذلك قطع صاحب التقريب؛ لأن قشوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف، وبعد القشرة العليا من الثمرة، بخلاف الكمام فإنه يعد من الشجرة، ويترك الكمام عند القطع على الأشجار، ونزل السعف والكرانيف، وقشور الجوز ليست كذلك.

قال الشيخ أبو حامد: أما الذى لا إشكال فيه فالرمان والموز، وقال فى الجوز واللوز: ظاهر قول الشافعى أنه وإن لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع، قال: وقال

أصحابنا: إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التى تلى اللب.

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب، والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك، فقال: وغلط الشيخ أبو حامد فقال: الجوز يتشقق قشره الفوقانى عنه، ويسقط ويظهر السفلانى، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل، فإن لم يكن تشقق فهو للمشترى، وإن تشقق فهو للبائع، قال القاضى أبو الطيب: وهذا خلاف نصه؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - قال: تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رءوس الشجر؛ لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه، وكان ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف إلى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد، وقال الرويانى: إنه الأقيس.

وقال المحاملى فى المجموع: قال الشيخ: وقد ذكر الشافعى - رضى الله عنه - أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى؛ لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة، وأجراه مجرى الرمان والموز، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى، والدليل على أنه أراد هذا أنه قال: دونه حائل لا يزال عنه إلا فى وقت الحاجة إلى أكله، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا.

**قلت**: أما الاحتمال الأول فبعيد؛ لأن فى مختصر المزنى - فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار، وكذلك فى الأم وهو بعد الموضع بشىء يسير - أن على الجوز قشرتين: واحدة فوق القشرة التى يدفعها الناس عليه، ولا يجوز بيعه، وعليه القشرة العليا؛ لأنه يصلح أن يدفع بدون العليا، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب إلى الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز.

وأما الاحتمال الثانى: فهو قريب ولا يأباه كلام الشافعى، فإن عبارته فى الأم: «وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما فى أجوافه، وصلاحه فى بقائه» هذا كلام الشافعى بحروفه، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى، بل تعليل الشافعى - رضى الله عنه - بأن صلاحه فى بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه فى بقائه لا يكون للبائع إلا إذا زال عنه، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل، فإن كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغى أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط

القاضى أبى الطيب غير متجه لكنى أقول: إن تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد، والرانج - أيضا - كثيرا ما يؤخذ فى قشرته بعد نهايته، بل العادة مطردة فى كل ما له قشران فليس هو كثمرة النخل قبل التأبير فينبغى أن يكون للمشترى كما يقتضيه إطلاق النص، وإن كان للتأويل فيه محتمل، والله أعلم.

واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرا؛ يؤكل فى قشرته، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضى حسين؛ لأنه مقصود كاللب، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل فى بيع الأصل، فكأنهم شبهوه بالطلع فى اللوز إذا كان صغيرا.

فإنه يؤكل كله، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز، والله أعلم.

وقد نقل إمام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبى حامد، وذكر عن صاحب التقريب خلافه، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبى حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه، ونص الشافعى على خلاف ذلك، وأورد ابن الرفعة على أبى حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره، وهذا منه، فإذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى، قال: إلا أن يقال فى الجواب: إن ذلك قاله فى ثمرة تخرج فى جوف نور، والجوز ليس كذلك، فإن البندنيجى قال: إنه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه، بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع، وسيأتى فى الضرب الرابع كلام عن البندنيجى يتعلق بهذا الضرب فى اللوز.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «والرابع: ما يكون فى نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى، فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق والقاضى أبو حامد: هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشترى، وهو ظاهر قوله فى البويطى، واختيار شيخنا القاضى أبى الطيب - رحمه الله -؛ لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر فى الطلع، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة، فكان فى الحكم مثلها، وقال الشيخ أبو حامد الإسفراينى: هو للبائع، وإن لم يتناثر النور عنها؛ لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض، فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور».**

**الشرح**: النور الزهر على أى لون كان، وقيل: النور ما كان أبيض، والزهر ما كان أصفر، والكمثرى بضم الكاف.

**أما الأحكام**: فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والإجاص والخوخ والمشمش، وما جرى مجراه مما يخرج فى نور، ثم يتناثر عنه النور، فالمشهور أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة، فهى للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، وإن لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهى للمشترط؛ لأن الثمرة مغيبة فى الورد، وتظهر بعد تناثره، فهى فى ذلك كثمرة النخل فى التأبير وعدمه، وهو ظاهر قوله فى البويطى؛ لأنه قال فى آخر باب السلف قبل باب الوديعة: وحكم الإبار فى التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحبب، ونقل ذلك عن أبى إسحاق المروزى فى الشرح، والقاضى أبى حامد فى جامعه، وأبى على بن أبى هريرة وهو اختيار القاضى أبى الطيب كما قال المصنف، قال فى تعليقه: وغلط الشيخ أبو حامد الإسفراينى فقال: ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة، واحتج بأن الشافعى - رضى الله عنه - قال: حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى فى أول ما تخرج كما ترى فى آخره، فهو فى معنى ثمرة النخل بارزا من الطلع، وغلط فيه؛ لأن هذا أراد به ما لا ورد له، مثل العنب والتين؛ لأن هذا الذى يخرج بارزا، وأما ما يخرج فى الورد فليس ببارز، وإنما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل، انتهى كلام القاضى.

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال: ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه، فطلوعه كإبار النخل؛ لأنه ظاهر.

وهذا إنما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه، فإن منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب، أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان، فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير، أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق، بل قد يقال: إنه يدل للشيخ أبى حامد لإطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير، والذى يخرج فى نور لا كمام عليه، وإن كان مستترا بالنور، غير أن هذا يبعده قوله: كما هو، فإنه يشعر لا شىء عليه من كمام ولا غيره وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال: إن الذى ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو إسحاق وأبو على بن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع، ولولا أنى لا أحب مخالفة

كان ظاهر المذهب والأشبه بالسنة: أن الأنوار إذا ظهرت للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، كالطلع إذا تشقق أو أبر، وذكر كلام الشافعي - رضي الله عنه - الذي تقدم ثم قال: وأما معنى السنة فقوله - عليه الصلاة والسلام -: «مَنِ ابْتَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع، وذلك الظاهر نور يتفتح، فإذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع؛ لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك، وفيه نظر، انتهى كلامه.

والحق أنه لا حجة له في كلام الشافعي، فإن الشافعي - رضي الله عنه - إنما حكم بذلك في الثمرة التي تخرج بارزة ترى في أولها كما ترى في آخرها، وما يخرج في نور ليس يرى في أوله كما يرى في آخره فكيف يحمل عليه، أو يقال: إنه مندرج فيه، وما استدل به من الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، فإن ذلك يرجع إلى تحقيق مناط، فإن الشيخ أبا حامد يقول: إن ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر، وإنما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار؛ لأنه إذا تشقق الطلع ظهر ما فيه مثل الليف، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة، وإنما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد.

فإن كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذي نحن فيه ترى من بين الورد، وأن ثمرة النخل مثلها، فينبغي أن يكون الحق معه، وإلا فالحق مع القاضي أبي الطيب ومن وافقه، وهذا ليس اختلافا في فقه، بل يرجع إلى أمر محسوس ومثله يقطع بإدراك الصواب فيه، والظاهر الذي تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد، وإلا فظاهره أنها مستترة كلها، وذلك يخالف ما تقدم من إلحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها، والذي صححه الرافعي في ذلك أنها للمشتري، هكذا للمحرر والروضة، ويشعر به كلامه في الشرح وقال: إن الآخر أرجح عند أبي القاسم الكرخي وصاحب التهذيب، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور كما تقدم.

وقال القاضي حسين عن الأصحاب: إن ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك، ثم تنعقد الحبات كالمشمش والخوخ والتفاح ونحوها، قال: فما لم تنعقد

الحبات فيه يتبع الأصل فى البيع، وإذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل فى البيع مطلقا ولا يدخل إلا بالشرط، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال، فإن الرويانى حكى عن القفال أنه إذا تحببت ثمارها فهى للبائع، وإن كان النور باقيا عليها، وإن لم تتحبب فالنور كالورق.

هذه عبارته ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه:

**الأول**: أنها للبائع بمجرد الظهور، وهو قول أبى حامد.

**والثانى**: أن الاعتبار بالتحبب، وهو قول القفال.

**والثالث**: أن الاعتبار بتناثر النور، وهو المذهب، لقول الشافعى - رضى الله عنه - فى البويطى: إذا خرج من النور وتحبب، وقد يقال: ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين، لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر، فذكر التناثر يغنى عنه، وفى البحر أن الأصح ما قاله القفال - رضى الله عنه - وكذلك قال الخوارزمى فى الكافى: إنه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى فى المجموع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد، وأنها ليست مذكورة فى التعليق الأخير عنه، وهذا عجب من ابن الصباغ، فإن شيخه أبا الطيب ذكرها عنه، فكان ذكرها من جهته أولى، وهى فى التعليقة الموجودة عندنا، وأما عدم ذكرها فى التعليقة الأخيرة فلا يدل[١]

**تنبيه آخر**: أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم الذى نحن فيه، وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم، وإمام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشترى فى مطلق البيع.

والتفاح والكمثرى وما فى معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار، ولكنها تطلع والثمرة دونها، قال: فما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع، ومن أصحابنا من قال للمشترى لعدم الانعقاد، قال: وهذا هو الذى ذكره الصيدلانى.

وهذه الطريقة التى ذكرها الإمام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب، ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى، فإنه جعل حكم الإبار فى التفاح والفرسك شيئا واحدا، والفرسك هو الخوخ، والإمام قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح، ثم إن الإمام

---

(١) أى: فلا يدل على عدم صدور هذا الكلام عن أبى حامد.

نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع، والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشترى إلا الشيخ أبا حامد ولعل الإمام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز.

فرع: قال القاضى الماوردى: إن الكرم نوعان: نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد، ومنه ما يبدو حبا منعقدا، وقد تقدم الكلام فى ذلك، وعد الماوردى الرمان واللوز مع ذوى النور، قال تاج الدين عبد الرحمن: والمشاهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الرمان، فإن نوره لا يكون سابقا له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا، وقال الرافعى: إن الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور، وما ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه، فإن بيع قبله عاد الكلام السابق فيه، يعنى إما أن يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر، فكلام الرافعى موافق للماوردى فى أن الرمان له نور، ولعله نوعان كالكرم.

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل، قال: وإن كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن مثل ذلك يوجد فى غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله ﷺ للبائع، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد فيما مضى، وصاحب التتمة مال إلى موافقته فيه أيضا، وقال: إن ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة، لكنه قسمه قسمين: قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال إلى موافقته.

وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والإجاص، قال: فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الإمام.

فرع: تقدم فى كلام الشافعى المحكى عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجى بذلك على قول الأصحاب: إن اللوز كالجوز، قال: وهو سهو منهم فيه، قال ابن الرفعة: فإن قلت: هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه فى البويطى، قلت: لعله يقول: اللوز نوعان: منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور فى الأم، ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور فى البويطى، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرك لا يمكن إزالة قشره عنه دون

الأسفل ولا كذلك غير الفرك.

**فرع**: إذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة، وظهر ما فى ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما فى التأبير قاله صاحب البيان، يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره، وأنه لا فرق فى ذلك بين النخل وغيره.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن باع أرضا وفيها نبات غير الشجر - فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء - دخل الأصل فى البيع، وما ظهر منه فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشترى كالأشجار، وإن كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل فى بيع الأصل؛ لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل فى بيع الأصل كالطلع المؤبر».**

**الشرح**: الرطبة - بفتح الراء - وفى كتاب ابن البردى عن شيخه أبى الغنائم - بضم الراء - وهو غلط، وهو القضب وهو القتب.

**أما الأحكام**: فقال أصحابنا: الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض، وينقسم إلى قسمين: ، أصل وغير أصل، فالأصل ضربان: شجر وغير شجر، فغير الأصل هو الزرع، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر، فالشجر على ثلاثة أضرب: ما يقصد منه الورد، أو الورق، أو الثمر، وقد مضى حكمها وأقسامها، والنخل والكرسف داخلان فى التقسيم، وإن كان المصنف أفردهما بالذكر أولا، وغير الشجر ضربان: أصل، وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل.

**فالضرب الأول**: الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى.

**والثانى**: هو الزرع، هكذا قسم الشيخ أبو حامد، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل إلا مرة، وهو ظاهر، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة، وجعل الرافعى - رحمه الله - الزرع ضربين، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالى: وأصول البقول كالأشجار، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما يجذ مرارا كالنعنع، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة، وكلام الشافعى - رضى الله عنه - فى المختصر يشهد لذلك، فإنه أطلق الزرع على

الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى فى إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى، فإنه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال: إنه لا يصدق عند الإطلاق إلا على الأخير والأمر فى ذلك قريب، أو هو راجع إلى اللفظ.

**وأما المعنى والأحكام:** فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد، فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى فإن ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشترى وأما أصله فحكمه حكم الشجر، والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع، وما لم يظهر للمشترى ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف إلى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة، كما ذكرها البغوى والرافعى، وإن كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها.

**القسم الأول:** الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف الحجازى فأما الكرسف الحجازى فقد أفرده المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف - أيضا - فى القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم، وهو الأقرب فإنه شجر لغة وعرفا، والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه، إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة، فمنها ما لا تخرج ثمرته إلا ظاهرة كالبنفسج، فإن ورده أشبه الأشياء بالياسمين، ليس فى كمام، فإن كان قد ظهر من ورده شىء فورد تلك السنة للبائع إلا أن يشترط المبتاع، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد، وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان إذ لا فرق بينهما.

وأما النرجس فإنه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق خضر لا يظهر منه شىء ثم يتفتح، فإن كان قد تفتح منه شىء فإن ثمرة هذا العام للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وأما أصوله ففيها الطرق السابقة فى الأشجار حرفا بحرف، سواء فى ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن، فحينئذ حكم هذا القسم فى تبعية الأصول للأرض، وفى حكم الثمار حكم سائر الأشجار، هذا هو المشهور.

وحكى الرافعى وجها فى النرجس والبنفسج: أنهما كالحنطة والشعير، وحكاه الرويانى فى البنفسج، وعن الشيخ أبى حامد أنه ضعف الوجه المذكور فى النرجس، وقال: هذا كلام من لم يعرف النرجس، فإن النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما يحول من موضع إلى موضع فى كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف فى هذا القسم والذى بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعا يحصد مرة واحدة كما سيأتى فى القسم الثالث، وممن صرح بنفى الخلاف صاحب التتمة.

**القسم الثانى**: وهو بعض القسم الأول فى كلام المصنف، الأصل الذى ليست له ثمرة بعد ثمرة، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسذاب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسى، وأشجار الخلاف التى تقطع من الأرض كل مرة، والرطب وهى القضب ويسميها أهل الشام الغصة بالصاد المهملة والقت بالتاء المثناة - وهو القرط قال الأزهرى: هو القت الذى تسميه أهل البوادى الصفصافة وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران، وكلام النووى يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شىء واحد، ولذلك صرح به القاضى أبو الطيب، ولكنه بلغة العراق الرطبة، وبلغة أهل بلادنا القرط، وبلغة الشام الغصة والصواب أن القت والرطبة شىء واحد، وأن القرط الذى ببلادنا شىء آخر، والرطبة توجد - أيضا - فى صعيد بلادنا والله أعلم.

ففى هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شىء من ذلك ظاهر على الأرض فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع، لا خلاف فى ذلك؛ لأنها ظاهرة فى الحال لا تراد للبقاء، فلم تدخل فى البيع إلا بالشرط كالثمرة المؤبرة، وفى دخول أصولها الكامنة فى الأرض فى بيع الأرض الخلاف الذى فى الأشجار.

هكذا ذكره العراقيون والصيدلانى وغيرهم، وعن الشيخ أبى محمد الجوينى القطع بالدخول هنا، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة فى الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار، فإنها بادية ظاهرة مفارقة للأرض فى صفتها، هكذا حكى عنه فى النهاية والبسيط والشرح ووقع فى الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعنى فلا يدخل، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبى محمد قال ابن الرفعة: ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال فى الفرق بينه وبين الشجر إن مدة إبقائه فى الأرض قد تعلم، فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر، وأيد ذلك بالوجه

الذى حكاه الرافعى فى البنفسج والنرجس: أنهما كالحنطة والشعير؛ إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردى فى البطيخ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد، أنه كالزرع فيكون للبائع، قال: فقد يحصل لما فى المسألة ثلاثة أوجه.

**قلت**: يعنى ثلاث طرق: القطع بالدخول، والقطع بعدم الدخول، وإجراء الخلاف والله أعلم.

لكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التى فى الوسيط إلى قائل، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما فى البسيط والنهاية، وقد رأى الإمام أن القياس طريقة إجراء القولين، وخالف ما نقله عن والده، قال: إذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم - إن سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر، نعم مقتضى الوجه الذى نقله الرافعى فى البنفسج والنرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك، وإن لم يثبت ما عندى إلى الشيخ أبى محمد من جعلها كالزرع.

فإن قلنا: بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض؛ فهى باقية على ملك البائع، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة والكلام فى وجوب تبقيتها كما تقدم فى الأشجار وإن قلنا بظاهر المذهب، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب: فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه؛ لأنه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع، وتبعه على ذلك الرافعى ولم يذكر فيه خلافا والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى والقاضى حسين: أن البائع يطالب بجذها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أوان الجذاذ؛ لأن تركها يؤدى إلى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع فى العقد بل زاد الماوردى على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل ينتظر به تناهى جذاذه:

**أحدهما**: ينظر فإذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشترى، قال: وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر.

**والوجه الثانى**: أنه لا ينظر به كمال جذاذه، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق فى غيره، وبه قال أبو إسحاق المروزى ويمر بجذاذه، وإن لم يستكمل، ويكون الأصل الباقى وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للأصل، وهذا

قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأبر، وهذا البناء الذى أشار إليه الماوردى يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد الإسفرايينى والرافعى: أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة؛ لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع، فيكون للبائع، وإن كان الأصح عند الماوردى أنه للمشترى ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم البناء المذكور، ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا، وهو نهاية ذلك الحمل الذى أطلع بعضه وأبر، وجرت العادة بالتلاحق فيه، بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد، وقد نص أبو حامد في تعليقه على هذا الفرق، لكن فى التبعية فقال: إن للطلع حدا ينتهى إليه، وليس للرطبة حد، هذا فرق الأصحاب، وفرق من عند نفسه بفرق آخر، وهو أن لا منفعة للمشترى فى قطع الثمرة، وللبائع منفعة فى قطعها، والرطبة فى قطعها فائدة للمشترى، وفى تركها فائدة للبائع؛ لأنها تزيد، انتهى.

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعى لم يلاحظوا فيه الوجه الذى نقله الماوردى من أنه ينتظر به تناهى جذاذه، فإن قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليله مصادم لقول أبى حامد: إنه ليس للرطبة جذ توجد عليه.

وإن قلنا: إنه ليس للبائع إلا ما كان ظاهرا فيجب القطع، وأما كونه يشترط شرطه فى العقد فقد يقال: إنه لا حاجة إلى ذلك؛ لأنه إذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا حاجة إلى شرطه فإنه إنما يشترط القطع فى الثمار؛ لأن مقتضى الإطلاق فيها الإبقاء، وهذا هو الأقرب إلى كلام الرويانى، فإنه قال: إذا باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع بإطلاق العقد وعلى البائع نقله فى الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره.

ويحتمل أن يقال: لا بد من شرط القطع، كما أنه لا بد من شرط القطع فى بيع الثمرة التى يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتى، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره، وبين اختلاط ثمرة المبيع، بدليل أن الحكم مطرد فيما إذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة إلا أن يقال: إن الثمرة هى المقصود الأعظم من الشجر، أو كل المقصود، وأما أصل الرطبة الموجود فى الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه.

وسأجمع إن شاء الله تعالى هذه المسائل جملة فى آخر الباب عند الكلام فيما إذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم فى هذه المسألة ثلاثة أوجه:

**أحدها**: أنه يجب شرط القطع فى العقد، وهو ما قاله البغوى والرافعى.

**والثانى**: لا يجب ولا يكلف به إلا أن تتكامل الجذة، فتكون كلها للبائع.

**والثالث**: أن البائع يكلف القطع حال العقد، ولا نقول: إن شرط ذلك واجب فى العقد، وهو مقتضى كلام أبى حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى، فإن لم يجذ البائع حتى زادت فى ملك المشترى واختلطت، فيخرج على القولين فى الاختلاط، قاله الفورانى، والله أعلم.

**فرع**: بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذرا لم يظهر بعد، قال: فمن انتظر بها تناهى الجذاذ جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع، ومن لم ينتظر به التناهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشترى، ولك أن تقول: الموجب لانتظار تناهى الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها، وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها، فينبنى الجزم بأنها تكون للمشترى كالثمرة غير المؤبرة، لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم إذ قال: «وإن كان البائع قد أعلم المشترى أن له فى الأرض التى ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه، فاشترى على ذلك، فلا خيار للمشترى، وعليه أن يدعه حتى يصرم، فإن كان مما ينبت من الزرع؛ تركه حتى تصرمه، ثم كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه، وإن عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف، وهو لمن وجد ثمرة غضة، فليس له أن ينتظر أخرى، حتى يبلغ؛ لأنه لم يكن له مما خرج منه إلا مرة واحدة، فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال».

ولذلك إطلاق صاحب التنبيه فى قوله: والجذة الأولى للبائع» يشمل بعمومه ما إذا كان منها شىء ظاهر، وما إذا لم يكن، وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى، كأنه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى، فإذن نص الشافعى وإطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى، وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما إذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى؛ لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل

له، وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وأنه ليس له إلا الجذة الأولى.

فإن تعسف متعسف وحمله على ما إذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر، يحتمل أن يقال بالصحة، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة، ويحتمل أن يقال بالفساد، فإنه قد لا يتميز حق البائع من حق المشترى بخلاف الشجر مع الثمر، فإنهما متميزان، وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب، والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشترى، ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته، والله أعلم.

فرع: باع الأرض وفيها البقول المذكورة بعد جذها، فليس على الأرض منها شىء ظاهر يقال: إنه للبائع، وما فى بطنها من العروق جزم القاضى أبو الطيب بدخوله فى البيع، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل فى البيع، فالطرق الجارية فيه وفى أصول البقول إذا كان منها شىء ظاهر جارية هنا من غير فرق، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى فى البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس إجراؤهما هنا أيضا، وإن كان الأصلح أن ذلك للمشترى؛ لأنه ليس ثم شىء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر.

فرع: إذا كان فى الأرض أشجار خلاف يقطع من وجه الأرض كل مدة، قال صاحب التهذيب: حكمها حكم القصب الفارسى، وقال الرافعى: حكمها حكم القصب، والمراد واحد، وهو أن حكمها حكم القسم الثانى الذى فرغنا منه.

وإما إذا كان فيها جذوع خلاف، عليها قوائم، فهى بمنزلة أغصان سائر الأشجار.

فرع: إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول.

إما على ما اختاره الرافعى - رضى الله عنه - من وجوب شرط القطع.

وإما على الوجه الثالث:

قال صاحب التتمة، ثم الرافعى عنه: أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجذ أو لم يكن، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع؛ لأنهما لم يذكرا الوجه الثانى الذى ذكره الماوردى، واستثنيا من ذلك القصب، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به، وكذلك قال الشيخ أبو حامد: القصب الفارسى إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه فى العادة، وهو زمان الشتاء فإنه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف، ولا يصلح لشىء، وكذلك الرويانى والجرجانى قالا: إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته؛ لأن له وقتا يقطع فيه ولك أن تقول إشكالا على الرافعى:

إنه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع، فإما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا، فإن كان عاما فيجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط القطع إذا كان المقطوع مما ينتفع به.

فإن قلت: ذاك؛ لأن المنفعة شرط فى البيع، والمقطوع هنا غير مبيع.

**قلت**: لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك، نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه وإن لم يشترط؛ لأنه يصير فى ملك المشترى على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع، فقد يكون له غرض فى اغتفار ذلك بإزائه، وهذا الإشكال الثانى بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبى حامد، ولكن الشيخ أبا حامد ليس فى كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب، فلعله يقول به فى كل ما لا ينتفع به إذا قطع، بخلاف صاحب التتمة، فإن ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع فى ذلك وقد يؤخذ من كلام أبى حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله: إن للقصب وقتا يقطع فيه، فإن ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب إبقاؤه لما قدمه الرويانى فى الفرق من المعنى، أن له وقت نهاية، والرطبة ليس لها وقت نهاية، لكن ذلك بعيد؛ لأن كلا من الرطبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه فى العادة، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا، والله - تعالى - أعلم.

**فرع**: من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجىء مدة بعد مدة فى السنة، قال الشيخ أبو حامد: حكم هذا عندى حكم الزرع، كله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد فى هذا القسم الثانى، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى، وذكر الماوردى فى نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى، لكن فى عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين:

**أحدهما**: وهو قول البغداديين -: أنه فى حكم الشجر، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر، وللمشترى الأصل وما يظهر والوجه الثانى وهو قول البصريين أنه فى حكم الزرع، فيكون للبائع أصله وثمره؛ لأنه زرع عام واحد، وإن تفرق لقاط ثمره،

والشجر ما بقى أعواما وألحق به ما بقى أعواما كالعلف، ولم يلحق به ما بقى عاما واحدا، والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير، وما يبقى سنين ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه فى الأم، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردى.

**فرع**: ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة:

**الأول**: أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين فى الأرض.

**والثانى**: أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا.

الثالث: أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين فى الأرض.

الرابع: أصل يجذ مرة بعد أخرى فى عام واحد وهذا هو الذى نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبى حامد، وما ذكره الماوردى فى القسم الثالث من الخلاف يأتى فيه إذ لا فرق بينهما، والله أعلم.

وهذه الأقسام الأربعة كلها فى القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التى ذكرها، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول، والبطيخ والقثاء من القسم الثانى، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين فى الأرض، فهو من القسم الثالث، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها، فهو من القسم الرابع، والله - عز وجل - أعلم.

**فرع**: الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك، فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع، فقد مر ذلك فى كلام المصنف، والكلام ههنا فى أن أصل الموز نفسه هل يدخل فى بيع الأرض؟ كما يدخل الشجر أو لا؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده فى القسم الأول وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه، والذى قاله الماوردى أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل فى البيع كالزرع؛ لأنه لا يبقى بعد سنة، والفرخ الذى يستخلف كالشجر يدخل فى البيع.

**قلت**: وقوله: إن الفرخ يدخل فى البيع، إن فرض فى فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر، ولا يقال: إنه دخل فى عقد البيع، بل ذلك كسائر ما يحدث، يستحقه المشترى بحكم الملك لا بحكم الدخول فى العقد، وإن فرض فى فرخ

يكون حاصلا عند العقد فقد يقال: ينبغى على قوله ألا يدخل؛ لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع، وقد قال الشافعى فى الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب: إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج، فله ما خرج من الموز قبل بيعه، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذى تحت الموز، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع، فيقطع ويخرج فى الذى حولها، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع، وما يحدث بعده للمشترى، وهذا صحيح لا إشكال فيه، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردى، ولا لما قاله صاحب التهذيب، فإن سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها، وإن كان خارجا منها يكون للبائع، وما نبت من فراخها يكون للمشترى، فيوافق كلام الماوردى وهو الذى فهمه ابن الرفعة، ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله لكنه يؤخذ من كلام الشافعى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى، لقوله: إن ما خرج مرة أخرى ليس للبائع، فإن كان مراده الفرخ فذاك، وإن كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشترى أن يكون الأصل له، وهذا لا شك فيه فى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى، وإذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذى هو مستقر فى الأرض يدخل فى بيعها؛ لأن الفرخ الذى حكمنا بكونه للمشترى ينبت منه.

وأما الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبنى على الاحتمالين اللذين ذكرتهما فى كلام الشافعى - رضى الله عنه - فى قوله: فله ما خرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة؛ فلا دلالة فيه، وإن كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها، وكلام الجورى يشهد للتفسير الأول فإنه قال فى معرض نقل كلام الشافعى: فإن باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز، وليس له ما يخرج بعد ذلك، ولا ما لا تخرج أولاده التى إلى جنبه، فقوله: ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام فى الثمرة فإن ألحقنا ذلك بالرطبة اقتضى ألا يدخل شىء مما ظهر فى البيع لا الأم ولا فراخها، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تُجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردى فى باب المساقاة، وإن ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما.

وقد يقال: تلحق الأم بالرطبة لقرب قطعها، وأما الفرخ فإنه يقصد بقاؤه حتى تقطع الأم، ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول: إن الفرخ يدخل لشبهه

بالشجر فى كونه مقصود البقاء، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردى، فنظرت فى هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان - الأم والفراخ - كما قاله صاحب التهذيب، فإن الذى بلغنى من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطبة، فإن شجرة الموز ينبت إلى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شىء من رأس الشجرة، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ، وإنه متى قطعت كلها يموت الفرخ، فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هى، وتتساقط بنفسها إلى الأرض، فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز، وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها، ولا يكون من أولادها إلا واحد ويقطع الباقى لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها.

فإذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لإفساد فرخها، وأن فرخها لا ينتج بدونها، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة، فإنه لو قلنا للبائع: أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر فى الأرض وحده، لم ينبت بعد ذلك منه شىء لم ينتفع به المشترى فلا يمكن القول بعدم دخولها فى البيع لذلك، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها فى الأم ودخول الفرخ؛ لأنه كأن يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ، فلا بد من إبقائهما، وهو قول صاحب التهذيب، والله أعلم.

والظاهر أن مراد الماوردى بالفرخ الذى يكون للمشترى، ما حدث بعد البيع، وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل فى العقد توسعا فى العبارة، ووقع فى كلام الماوردى أن الفرخ يحمل فى العام القابل، وقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون إقامته شهرين، وتارة أكثر من ذلك، فلعل مراد الماوردى بالسنة المدة التى تبقى فيها كما يقال سنة الزرع، وإن كان لا يراد حول كامل، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم؛ لأن له أصلا ثابتا، ولا يحمل إلا مرة، ويستمر جذره فى الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة، والله أعلم.

فرع: لو كان فى الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل، قال صاحب التهذيب: لا يدخل شىء منها فى بيع الأرض، يعنى ويكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى، وهو الزرع الذى لا يحمل إلا مرة، وكذلك الرافعى، إلا أنه لم يذكر البصل، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الإفصاح وجهين أحدهما: لا يجوز.

**والثاني**: يجوز تبعا.

**فرع**: هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما إذا أطلق البيع، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشترى ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول، فللمشترى الفروع والعروق، قاله صاحب التتمة، وفرق بين هذه حيث يقول عند الإطلاق: لا يدخل ما ظهر منها، وبين الشجر، بأن هذه لا ترد للدوام، وهى نماء ظاهر، فصارت كالثمرة المؤبرة، والشجرة تراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها، وصار الجميع للمشترى.

**القسم الثاني**: من كلام المصنف، وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا.

ما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان فلا خلاف أنه لم يدخل فى الأرض إلا بالشرط لما ذكره المصنف.

والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

وقوله: «نماء ظاهر» احتراز من الطلع الذى لم يؤبر.

وقوله: لا يراد للبقاء احتراز من الغراس إذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب، والرافعى - رحمه الله - اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى: فإن قيل: الثمرة قبل التأبير مستبقاة لكامل المنفعة لم تجن وهى داخلة فى البيع؟ فهلا كان الزرع مثلها؟.

قيل: الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع، والزرع مستودع فى الأرض بفعل الآدمى، ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لأنه خلقة فى الأرض، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل إلا مرة واحدة، لكن لا قائل بأن جذره الثابت فى الأرض لا يدخل، بخلاف الحنطة والشعير، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل إلا مرة، وليس له أصل ثابت فى الأرض، وبذلك يخرج الموز، فإن له أصلا ثابتا، منه تنبت الفراخ، وعلى هذا ينبغى أن يقال فى القسم الحاضر: النبات إما أن يكون له أصل ثابت فى الأرض أو لا، فالأول إما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز، أو مرات، فأما فى عام واحد كالبطيخ، أو فى أكثر كالرطبة، وسائر ما يجذ ويثمر مرات، والذى لا بقاء لأصله هو الزرع، كالحنطة والشعير وشبههما.

أو نقول: النابت إما أن يثمر ويجذ مرات، أو مرة واحدة فالأول إما فى عام واحد

أو فى أعوام، والثانى إما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وفى بيع الأرض طريقان: من أصحابنا من قال: فيه قولان، لأنها فى يد البائع إلى أن يحصد الزرع، فكان فى بيعها قولان كالأرض المستأجرة، ومنهم من قال: يصح بيع الأرض قولا واحدا؛ لأن المبيع فى يد المشترى، وإنما يدخل البائع للسقى أو الحصاد، فجاز بيعه قولا واحدا كالأمة المزوجة».**

**الشرح**: الطريقان مشهوران، والأولى منسوبة إلى أبى إسحاق المروزى، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية، وهى التى صححها الرافعى وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع، وعلى بيع الأمة المزوجة، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال، فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل البيع على أحد القولين، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولا واحدا، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما، ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان فى معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، ألا ترى أن بيع الدار التى استحقت المعتدة سكناها، إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والإقراء؛ بطل قولا واحدا.

وذكر ابن الرفعة سؤالا قد يعترض به على هذا، وهو أن لأبى إسحاق أن يقول: مدة الزرع - وإن لم تعلم يقينا - فالعرف الغالب يضبطها، فإن فرض مخالف فنادر، وزمنه يسير مغتفر، والمنع من بيع دار المعتدة بالإقراء ليس لما ذكر، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشترى، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح، وإن كانت عدتها بالأشهر، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة فى الأقراء والحمل، فإنه لا يصح بيع الدار التى استحقت سكناها للعدة، وإن كانت العادة تضبطها، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله فى مدة الزرع.

وقوله: إن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن، فإن الكلام إنما هو فى القطع بالفساد، ولا يجوز أن تكون العلة فى ذلك ما ذكره وإلا لقطعنا بالفساد فى دار المعتدة بالأشهر، فمستند القطع بالفساد فى دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة.

وأما قوله: إن المنافع تكون عائدة للمشترى، فاعلم أن المنقول فى توجيه الطريقة

القاطعة التى ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج، فيكون إذا باعها كمن باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة، والظاهر فيه البطلان، والذى يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقا، أو ورثته إن كان ميتا، فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته، ولا تكون للمشترى، وإنما تكون للمشترى لو نزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر، فحينئذ يجىء فيه الخلاف المذكور فيما إذا عرض ما يفسخ الإجارة: هل تكون منفعة بقية المدة للمشترى أو للبائع؟ فيه وجهان، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه، والله أعلم.

فإن قلت: إلحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لإمكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد، ووجوب ذلك، فالمنفعة مستحقة للمشترى فى تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع، وإلحاقها بالأمة المزوجة - أيضا - غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فإن التخلية التامة مع وجوب إبقاء الزرع غير حاصلة، فوجب إما القطع بالبطلان أو بدار المعتدة، ولا قائل به وإما إجراء الخلاف إلحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو إسحاق.

**قلت**: شرط إلحاق مسألة بأخرى اشتراكهما فى مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفى الاشتراك فيما ليس مناط الحكم فى الأصل، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشترى عقيب العقد، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لإبطال البيع، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشترى بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشترى وبينها، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة، والأمة المزوجة، فثلاثتها مشتركة فى أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان إذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما فى مناط الحكم، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة، والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر، ويفترقان فى الاشتغال بالتسليم عقيب البيع فى الدار دون الأرض، وتشبه الأمة المزوجة فى أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على

المشترى، ولا يجب إزالتها عقيب العقد، ويفترقان فى أن الزرع له غاية بخلاف النكاح، فلذلك حسن قياسها عليها، وقياسها على الأمة أرجح، كما فعل المصنف فإنه قد يقال: إن منفعة الدار فى مدة التفريغ مستحقة للمشترى، ولذلك وجب على البائع تفريغها، فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فإن منفعتهما غير مستحقتين للمشترى مدة بقائهما.

ولم أعلم أحدا حكى فى صحة بيع الدار المشحونة بالأمتعة خلافا وذكروا الطريقين فى الأرض المزروعة قال الإمام: ولا شك أن القياس يقتضى التسوية بينهما، إذ لا فرق، ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة.

وحكى الإمام فى أن المشترى إذا كان جاهلا بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار؟ وجهان، والمذهب ثبوته.

أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل، سواء قلنا: إن تسليمها يمكن أم لا لعدم إمكان الانتفاع بها فى الحال، إلا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار، كما سيأتى الوجه الذى نقله الإمام فى عدم ثبوت الخيار فى الدار المشحونة بالأمتعة، وأن الغالب فى العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم إنها تفرغ بعد ذلك، والله أعلم.

**التفريع**: بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشترى فهل يحكم بصيرورتها فى يده؟ فيه وجهان:

**أحدهما**: لا؛ لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة.

وأصحهما - على ما ذكره الإمام والغزالى والرافعى -: نعم لحصول التسليم فى الرقبة وهى المبيعة.

وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت فى الحال، فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله، على أن الإمام أورد فيها وجها أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل فى المسألتين ثلاثة أوجه، وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها، وحكاه غير الإمام أيضا.

وحكى الغزالى فى البسيط وجها أن اليد لا تثبت فى الدار ولا تثبت فى الأرض فيجتمع من نقله ونقل الإمام أربعة أوجه، ووجه الفرق على الوجه المحكى فى البسيط أن التشاغل بالتفريغ ممكن، فنزل الممكن الذى لا عسر فيه منزلة الموجود، قال ابن الرفعة: ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو إسحاق المروزى، فلا

يصح إبطال مذهبه، يعنى فى البيع إلا بإقامة الدليل على صحة القبض، وهذان الوجهان فى صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب، فإنه ذكر فى تعليل الطريقة الأولى أنها فى يد البائع وفى تعليل الثانية أن المبيع فى يد المشترى وقد يقول الفقيه: هذان التعليلان متصادمان.

والجواب أن ذلك يحتمل، إذا كان فى أحد الكلامين زيادة كما فى هذه الصورة، فإن فى تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع خيال التعليل الأول، وتبين أن قوله: إنها فى يد البائع ليس كذلك؛ لأن المبيع هو العين، والعين فى يد المشترى، ودخول البائع لأجل السقى والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين، والله أعلم.

تنبيه: من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة، والأرض المزروعة فى يد بائعها، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوى يد الإجارة.

**فرع**: لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة، أو جذه البائع قبل وقت حصاده - وجب عليه تسليم الأرض، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع؛ لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع، قاله الماوردى والأصحاب، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف، وفرخ كالدخن فجذه قبل حصاده - كان له استبقاء الأصل الباقى إلى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد؛ لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه، ولا يملكه المشترى كما يملك أصل القت الذى يجذ مرة؛ لأن القت أصل ثابت، والزرع فرع زائل، واستخلاف بعضه نادر، قال ذلك الماوردى.

**فرع**: قال الرافعى: كل زرع لا يدخل فى البيع لا يدخل، وإن قال: بعت الأرض بحقوقها، يحكى ذلك عن الشيخ أبى حامد، قال الرافعى: ورأيته لمنصور التميمى فى المستعمل أيضا.

**قلت**: وقد رأيت ذلك فى تعليق أبى حامد فى بيع القرية أنه إذا قال: بمزارعها دخلت المزارع، وإن قال بحقوقها - لم تدخل المزارع، كما ذكره المصنف فيما

تقدم، وأما فى الأرض فلم أقف عليه فيها.

فرع: عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له فى الحال، بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد، خلافا لأبى حنيفة - رضى الله عنه - فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشترى.

فلذلك أوجب القطع، وعندنا هى مستحقة للبائع، فلذلك لم نوجبه، وأوجبنا الإبقاء، وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ، ويجبر البائع عليه، وعليه تسوية الأرض.

وعليه قطع العروق التى يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة، نص عليه، كما إذا كان فى الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار، ينقض وعلى البائع ضمانه، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية، وسيأتى فيه وجه مذكور فى مسألة الحجارة عن صاحب التتمة، وقياسه أن يأتى هنا.

وأما ضمان النقصان فى باب الدار فقال القاضى أبو الطيب: فى موضع الحجارة إن أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم - لزم البائع ذلك، وإن لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب، وقال هنا: يحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض، وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين.

فرع: لو كان المشترى جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع.

ولم يرها حين العقد، فله الخيار فى فسخ البيع؛ لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض، فإن فسخ رجع بالثمن وإن أقر فللبائع ترك الزرع فى الأرض إلى وقت حصاده، كما نقوله فى الثمرة المؤبرة، وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى.

فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشترى أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض - لم يكن للمشترى خيار نص عليه، وإن كان المشترى عالما بالزرع - فلا خيار له، قاله الماوردى والأصحاب، واتفقوا عليه، وهذا إذا لم يطرأ ما يقتضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد.

ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا فى فرع وجوب الأجرة.

فرع: فى وجوب الأجرة على البائع فى مدة بقاء الزرع فى الأرض.

إن كان المشترى عالما - فلا أجرة قطعا.

وإن كان جاهلا فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذى أورده المعظم: أنه لا تجب الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة، كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا يستحق المشترى الأجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردى وخلافه والأظهر عند الغزالى والجرجانى الوجوب وجعل الإمام محل الخوف فيما إذا كان جاهلا.

قال الرويانى: إنما تجب الأجرة إذا زرعها بعقد الإجارة أو بغير حق.

وهنا لم يوجد واحد منهما، ثم ههنا كلامان أحدهما أن هذا الخلاف هل محله إذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضا، أو إذا لم نكتف بها؟ أو هو على الإطلاق؟

قال ابن الرفعة: ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال: والأشبه أن يقال: إن اكتفينا بها فالخلاف متوجه.

وإن لم نكتف بها فإن قلنا: الأجرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فههنا أولى.

وإن قلنا: تجب، فههنا وجهان مبنيان على أن البائع إذا انتفع بالمبيع قبل إقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا؟ وفيه خلاف فإن قلنا: لا؛ لم تجب هنا، وإن قلنا: نعم: وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم متعد ولا تعدى منه ههنا؛ لأن باب الضمان لا يختلف.

وقال ابن الرفعة: إنه لولا تعليل الإمام يعنى تعليله وجه عدم إيجاب الأجرة بقدرة المشترى على الفسخ.

لولا هذا التعليل لأمكن أن يقال: الوجهان فى الرجوع بالأجرة إنما هما قبل التخلية أو بعدها.

وقلنا: إنها لا تكفى، ويكونان مبنيين على جناية البائع.

فإن قلنا: كالأجنبى ضمن الأجرة وإلا فلا.

قال الإمام: وللخلاف نظائر فى الحجارة.

**قلت**: والأشبه أن الخلاف فى وجوب الأجرة فى مسألتنا هذه كما فى مسألة الحجارة مطلق، فيما إذا اكتفينا بالتخلية، وفيما إذا لم نكتف بها.

ومأخذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع، كما يشعر به تعليل الإمام والغزالى وجه الوجوب فى هذه المسألة فإن قلنا بالثانى ضمنا مطلقا ولا أثر للإجارة فى إسقاطها ولا فرق فى ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا، وهذا يوافق الوجه الذى يقول فى مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبعده، وإن جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعييب اكتفت على أن جناية البائع

على المبيع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبى؟.

إن قلنا: كجناية الأجنبى ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها، اكتفينا بالتخلية، وجعلناها قبضا، أو إذا لم نكتف بها أو هو على الإطلاق - فإن كان ذلك قبل التخلية - لم تلزمه الأجرة، وإن كان بعد التخلية - فإن لم نكتف بها فكذلك، وهذا قول من لا يوجب الأجرة فى مسألة الحجارة مطلقا، وإن اكتفينا بالتخلية - والفرض أن الزرع الذى هو عيب حاصل قبل القبض - فلا تجب الأجرة - أيضا - لأنه بالإجارة رضى بذلك.

فإن لم يكن له أجرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له أرش، فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقا إما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها.

فمأخذ الوجوب أمران

**أحدهما**: إلحاق البائع بالأجنبى.

**والثانى**: أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تفويتها بمنزلة العيب، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا وإلحاق تعييب البائع بالآفة السماوية.

وأما بعد التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم، أو إلحاق البائع بالأجنبى، ومأخذ الإسقاط جعل تعييب البائع كالآفة السماوية، فإذا أجاز المشترى سقط حقه من الأرش؛ لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الأجرة بقية المدة؛ لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به.

فإن قلت: مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة؛ لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية، وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته، إن جعلناها كالآفة السماوية لم تجب، وإلا وجبت، فيخرج من ذلك أن الأصح فى مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا فى مسألة الزرع ولا فى مسألة الحجارة، لكن قد تقدم فى مسألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله، وقد تقدم عن الغزالى والجرجانى أنه الأصح عندهما فى مسألتنا أيضا.

**قلت**: أما الغزالى فإن الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبى، فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب، فإن ذلك موافق، وقد قدمنا عن الأكثرين فى مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب، وكذلك تقدم عن الشيخ أبى محمد فى مسألة الحجارة.

وأما ما تقدم عن الأكثرين فى مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله، فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالإبقاء الذى هو من لوازمه، وكذلك لا تجب الأجرة.

وأما الحجارة فإنه إذا رضى بها لا يلزمه إبقاؤها، بل يجبر البائع على قلعها، لكن لك أن تقول: إن مدة القلع - أيضا - قدْ رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه، وإن كان القلع فى ذلك الوقت واجبا فكان ينبغى أن لا تجب لها أجرة إلا إذا زاد وأخر البائع، فحينئذ تجب، والله أعلم.

**تنبيه**: ما حكيته فى مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه؛ كذلك قال الإمام والغزالى، وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج، على أن جنايته كجناية الأجنبى أو لا، والذى ذكره الرافعى هو طريقة التخريج خاصة، وما ذكروه ههنا يقتضي طريقة أخرى، كما أشرت إليه، وهى ظاهرة فإن جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة.

أما المنافع فللتردد فى إلحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون فى استعمال البائع المبيع طريقان:

**أحدهما**: وجوب الأجرة.

**والثانى**: تخريجها على جنايته، والله أعلم.

**فرع**: وهو الكلام الثانى تقدم أن الإمام جعل محل الخلاف فى وجوب الأجرة فى حالة الجهل.

أما فى حالة العلم فلا تجب قطعا، وكذلك تقدم فى الخيار أنه لا يثبت إلا فى حالة الجهل.

أما فى حالة العلم فلا، قال ابن الرفعة: وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فإن التبقية إنما وطن المشترى نفسه عليها إلى ذلك الوقت.

أما إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال: إنه يثبت له الخيار، ويكون إذا أجاز فى استحقاقه الأجرة الخلاف السالف، وأصل ذلك أنه إذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور، ثم قال: وإطلاق الشافعى - رضى الله عنه - يقتضى تركه إلى الحصاد، سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر،

ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد.

**فرع**: ما تقدم من وجوب الإبقاء إلى أوان الحصاد محله عند الإطلاق أو اشتراط التبقية إليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض، قال ابن الرفعة هنا: ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد، حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح، ووجه وجوب الوفاء ظاهر.

وأما وجه عدم الوجوب[. . . .][1].

**فرع**: يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد.

فإن موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد، يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم الماوردى وغيره فإنه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك.

قال المتولى: إذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل إلى مكان آخر فإن أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك إلا بالرضا وإن كان تلحقه بالنقل إلى مكان مشقة، والله أعلم.

**فرع**: إذا شرط دخول الزرع؛ فى البيع فإن كان بقلا أو قصيلا، لم يبلغ أوان الحصاد - قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين: صح البيع فى الأرض والزرع، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع؛ لأنه دخل فى العقد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها إذا بيعت مع محلها، وستأتى هذه المسألة فى الثمار، وفيها بحث، وإن كان الزرع قد اشتد واستحصد فإن كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع، وإن كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان، فإن جوزنا فبيعه مع الأرض أولى، وإن منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان:

**أحدهما**: يجوز كأساس البنيان.

**والثانى**: لا؛ لأنه مقصود فإذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة.

**فرع**: إذا اشترى أرضا رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع، فوجد فيها زرعا ثبت له الخيار، نص عليه الشافعى - رضى الله عنه - وبعض الأصحاب، وقد تقدم.

---

(١) بياض بالأصول.

**تنبيه**: مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة، كالحنطة والشعير، فهى محل الخلاف فى صحة بيعها، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولا واحدا، قاله صاحب التتمة، وهو ظاهر؛ لأنها كالشجر فينبغى أن ينبه لذلك لئلا يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتض لشمول الخلاف، والله أعلم.

**فائدة**: قوله: حتى يحصد، يقال: أحصد الزرع أى بلغ أوان الحصاد، فقال ابن داود فى قول الشافعى: وإن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد.

وقال: إنه أفصح وأصح فى المعنى من فتحها لأنه إذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده، وما ذكره من كلام الشافعى ظاهر، وأما قول المصنف هنا: والحكم ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد، فيصح أن يقال: - بضم الياء وفتح الصاد - ويصح - بفتح الياء وكسر الصاد - أى حين يحصد البائع الزرع.

ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر الصاد - هنا، أى حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك، فاليد مستحقة للبائع إلى إحصاد الزرع، ويد البائع ثابتة إلى الحصاد، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن باع أرضا فيها بذر لم يدخل البذر فى البيع؛ لأنه مودع فى الأرض فلم يدخل فى بيعها كالركاز، فإن باع الأرض مع البذر ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه يصح تبعا للأرض.**

**والثانى: لا يصح - وهو المذهب -؛ لأنه لا يجوز بيعه منفردا فلم يجز بيعه مع الأرض.**

**الشرح**: فصل الأصحاب فى البذر مثل التفصيل المذكور فى النبات، فقالوا: البذر الذى لا تفاوت لنباته، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل فى بيع الأرض، ويبقى إلى أوان الحصاد.

وللمشترى الخيار إن كان جاهلا به، فإن أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن؛ لأن النقص الذى فى الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن، فإن تركه البائع له سقط خياره، وعليه القبول، ولو قال: آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره - أيضا - إن أمكن ذلك، وفعله فى زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض، وإن

اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له، وعليه تركه إلى أوان الحصاد، والبذر الذى يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول، حكمه فى الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار.

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى والرافعى - رحمهم الله - وغيرهم.

وإذا علمت أن البذر الذى يدور حكمه حكم الشجر فإن قلنا: الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع فى ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم.

وإن قلنا: إنه يدخل على المذهب - فإن كان عالما فلا خيار، وإن كان جاهلا فإن لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار.

وإن كان مضرا أو يمضى فيه مدة فإن كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشترى الخيار، ولم أر فى ذلك نقلا، والله أعلم.

هذا إذا باع الأرض وأطلق، أما إذا باع الأرض مع البذر - فإن كان من البذر الذى حكمنا بدخوله فى البيع - قال صاحب التتمة: كان تأكيدا، ولك أن تقول: ينبغى أن يكون كما لو قال: بعتك الجارية وحملها، وإن كان من البذر الذى لا يدخل وهو الذى تكلم فيه المصنف ففيه وجهان:

**أحدهما**: يصح تبعا للحمل.

وادعى هذا القائل أن الشافعى - رضى الله عنه - نص على ذلك فى كتاب التفليس، فقال: لو باع زرعا مع أرض خرج أو لم يخرج.

**والثانى**: وهو الصحيح المشهور من المذهب -: أن البيع لا يصح فى البذر للجهالة ولأنه مقصود فى نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم فى البيع المطلق.

وهؤلاء أولوا نصه فى التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج.

فعلى هذا إذا بطل البيع فى البذر ففى بطلانه فى الأرض طريقتان: إحداهما أنه على قولى تفريق الصفقة، وهو الذى يقتضى إيراد الماوردى ترجيحها، وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن.

**والطريقة الثانية**: القطع ببطلان بيع الأرض، ويقتضى إيراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى، وهى مقتضى المذهب فى أنه يختار بالقسط، وجعل الرويانى محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته، فإن جهلهما - لم يجز قولا واحدا، وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب، وفيه وجه أنه يجرى مع الجهل، وذلك معروف فى موضعه، فعلة الخلاف هنا مطلقا على أن أبا الفتوح العجلى أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا، وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعا على بيع الغائب.

أما على تجويز بيع الغائب قال: فلا يبعد الحكم بصحة البيع.

**قلت**: ولا بد فيه من ملاحظة التبعية، فإنه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنعه من منع بيع الغائب، وكذا بعض من أجازه، وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبلها ونحو ذلك قال الإمام: إن المنع فيها مفروع على منع بيع الغائب.

أما إذا جوزناه فإنه يصح، وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته، لكن الغزالى فى الفتاوى فى السؤال التاسع والعشرين فى بيع السلجم والجزر فى الأرض، قال: إنه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان.

وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهرا إبطال هذا لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته، وههنا لا يمكن.

وإذا علمت ذلك علمت أن إطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لأصله، وكذلك الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك، فإن كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه، وإن عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه، نص عليه الشافعى - رحمه الله - وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد، وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك، ولم يقصد به الدوام فى محله، والله أعلم.

ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع - لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجذاذ فإن كان مما يقطع بسرا كالبسر الحيسوانى والقرشى لم يكلف قطعه إلى أن يصير بسرا، وإن كان مما لا يقطع إلا رطبا لم يكلف قطعه إلى أن يصير رطبا؛ لأن نقل المبيع على حسب العادة، ولهذا إذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح، وإن اشتراه فى المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر، والعادة فى قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله».**

**الشرح**: الأصل المراد به الشجرة والجذاذ - بكسر الجيم وفتحها - حكاهما ابن قتيبة.

وأوان الجذاذ - بكسر الجيم - زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام فى النخل، والقطاف فى الكرم، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره، فيلتقط والجيسوان بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون - من غير إضافة، قال ابن باطيش وابن التودى: جنس من البسر أسود اللون، والقرش- بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة - قال ابن باطيش: هو الأحمر، قال صاحب البيان: لا يقطع إلا بسرا.

**أما الأحكام**: فقال الشافعى والأصحاب: إذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه قطن للبائع أو شجرا وعليه ثمرة أو وردا أو رد للبائع أرضا وفيها زرع للبائع، لم يجبر على قطع الثمرة، والورد والزرع إلى أوان الجذاذ والحصاد إلى الوقت الذى جرت العادة تبقيتها، فإن كان غيبا فعليه تبقيته إلى أن يسود وتدور الحلاوة فيه، ويقطع فى العادة، فأما إذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه فى تلك الحال وإن كان رطبا فعليه تبقيته إلى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع.

وإن كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طولب بقطعه بسرا بعد نضجه واستكماله، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئا فشيئا، كما إذا باع دارا فيها متاع هى حرز له، لم يجب على المشترى تركه، ولا يجب على المشترى السقى لأجل ثمرة البائع، وإنما عليه تركها والبائع يسقى.

وحكم جميع الثمار فى ذلك حكم ثمرة النخيل، لا خلاف فى ذلك، قال نصر المقدسى - رحمه الله - فى الكافى: وكذلك الورد يعنى يترك إلى أوان أخذه، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع، ويجوز له التبقية إلى أوان الجذاذ مالك

وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجبر عليه عند مطالبة المشترى بذلك فى الحال.

دليلنا: ما ذكره المصنف.

وهكذا لو زرع المشترى الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشترى على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد؛ لأنه وقت العادة فى نقله فإن قيل: ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها فى الأرض تشمسها ثم باع الأرض، فإنه يلزمه نقلها قبل جفافها وإن كانت العادة نقلها بعد جفافها.

**قلنا**: لا عادة لذلك فى أرض بعينها بل يمكن تجفيفها فى غيرها كما نقول فى الزرع: لا يجب نقله وهو فى الأرض، ولو حصده وتركه فى الأرض ثم باعها وجب نقله، وقول المصنف: لأن نقل المبيع على حسب العادة، جواب عن قول الحنفية: إن من باع شيئا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه، وإن إبقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك إنما يجب على العادة ولهذا إذا اشترى دارا مملوءة طعاما إنما يلزم البائع نقله على العادة، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال فى البلد، وينقل الطعام عنها، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وأنه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة إنما يبطل إذا وقع بالشرط، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا، بدليل الأمة المزوجة.

فرع: قال الماوردى: إنه إنما يستحق الإبقاء إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير، أما إذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعها فى الحال؛ لأن الاستثناء إنما يصح على شرط القطع، وهذا الذى قاله الماوردى إنما يستقيم إذا شرطنا القطع فى الاستثناء، وقد تقدم أن الأصح خلافه، وأيد بعضهم ما قاله الماوردى: إن استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع، وهذا التأييد ضعيف؛ لأن الشرط هنا إنما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له إبقاؤه بالشرع، ولا نقول: إن هذا استثناء للمنفعة، والله أعلم.

فرع: قال الشافعى والأصحاب - رحمهم الله تعالى -: فإذا حصد الزرع فإن بقى له أصول لا تضر بالأرض، كأصول الحنطة والشعير، لم يلزمه نقلها؛ لأنه لا ضرر على المشترى فى تركها وإن كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا، والصحيح الأول.

فإذا نقلها فإن حصل فى الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها، كما لو كان فى الأرض

حجارة مدفونة فنقلها ويخالف .من غصب فصيلا وأدخله دارا ثم كبر الفصيل فإن تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشترى ليس بمتعد.

وهكذا لو كان فى الدار المبيعة حب لا يمكن إخراجه إلا بأن يوسع الباب بنقض شىء من الحائط.

فإن له ذلك ويضمن قيمة ما نقص.

قال القاضى أبو الطيب: ويحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض ههنا.

وقد صرح المحاملى فى المجموع: بأنه يجب عليه بناء ذلك، ورده إلى حالته فيما إذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج إلا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فإنهم يختارون وجوب إعادة الجدار.

قال المحاملى هنا: كل من حصل ملكه فى ملك غيره واحتيج فى تخليصه إلى مؤنة فإن كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه، مثل مسألة الحب والخابية والصندوق فى الدار، وإن كان بتفريط من صاحب الملك، مثل أن يغصب رجل رجلا على حب، فلم يخرج من الباب، أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من إخراجه إلا بهدم الباب فإن الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة: إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلا بنقض شىء من الدار؛ يغرم النقض صاحب الدابة.

قال الرويانى: وإذا وقع دينار فى محبرة ولا يخرج إلا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الرويانى عن بعض الأصحاب.

**فرع**: لو أصابت الثمار آفة، وصارت بحيث لا تنمو، فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له فى تبقيتها؟ أم للمشترى إجباره على قطعها؟ قال الإمام: ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئا منهما.

وقال ابن الرفعة: إن الذى يقع فى النفس صحته قول الإجبار؛ لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله، فإنه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية.

قال: لكن نصه فى الأم على خلافه..

ولو انقطع الماء فلا شىء على المشترى فيما أصيب به البائع، وكذلك إن أصابته جائحة.

نص عليه الشافعي - رضى الله عنه - نقله عنه أحمد بن بشرى.

فرع: لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى، فإن لم يأمنه المشترى ينصب الحاكم أمينا يسقيها، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمى، وكلام الخوارزمى يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة، قال: ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة.

فرع: ولا يستحق المشترى على البائع أجرة الأرض فى مدة إقامة الزرع فى الأرض لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجرة.

فرع: لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع، كلام الرافعى يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط، لكن الإمام حكى فى باب الصلح - فيما إذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع - ترددا فى وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة، ولو قيل: إنه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: (فإن أصاب النخل عطش، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة؛ لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاذ فلزمه تركه.**

**والثانى: أنه يكلف قطعه؛ لأن المشترى إنما رضى بذلك إذا لم يضر به، فإذا أضر به لم يلزمه تركه، فإن احتاج أحدهما إلى سقى ما له ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه؛ لأنه إصلاح لما له من غير إضرار بأحد فجاز، وإن كان على الآخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان.**

**قال أبو إسحاق: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فى الإضرار فوجب أن يفسخ.**

**وقال أبو على بن أبى هريرة: يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل فى العقد رضى بدخول الضرر عليه؛ لأنه يعلم أنه لا بد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعته تحصل له.**

**الشرح**: تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها إلى أوان الجذاذ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها، فيلزم المشترى تمكينه، وقد لا يسقى البائع

فيحصل للمشترى الضرر، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا، وذكر المصنف تفصيل ذلك فى هذا الفصل فى مسألتين.

**المسألة الأولى**: إذا عطشت النخل وكان قد باعها وهى مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخيل وانقطع الماء، ولم يتمكن من سقيها، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة، فإن كان الضرر يسيرا أجبر المشترى عليه، هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره، ونص عليه الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم، وإن كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها فى المستقبل نقصانا كثيرا، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف، ففيه قولان منصوصان فى الأم فى هذا الموضع، وحكاهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا، وعبارة الشافعى فى الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الإجبار، ولم أره ذكر القول الآخر، فتأملت كلامه إلى آخره تأملا كثيرا، فلم أفهم الثانى منه، فلعله تركه إما لوضوحه أو لضعفه.

والأصح من القولين: الثانى القائل بالإجبار.

وممن صححه الرويانى وابن أبى عصرون والنووى، ورجحه الرويانى بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفورانى.

ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى، وصححه فى المحرر، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا، وهى أن السقى إما أن يكون ممكنا أو متعذرا.

فإن كان متعذرا فإما لإعواز الماء أو لفساد آلته.

فإن كان لإعواز الماء سقط حكم السقى، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب.

**الأول**: أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا، فقطع الثمرة واجب، ولصاحب النخل إجباره؛ لأن تركها مضرة للنخل بلا منفعة له.

**والثانى**: ألا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ.

**الثالث**: أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار.

**الرابع**: أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان:

وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف.

وإن كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى الماء.

فإن كان ذلك مضرا بالنخل وجب على مشترى النخل أن يزيل الضرر عن نخله، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته، وإن كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك، أو يقطعها، وإن كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه.

وأما إن كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب:

**أحدها:** أن يكون نافعا لهما.

**والثانى:** أن يكون ضارا لهما.

**والثالث والرابع:** أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخر، وسنذكر ذلك مفصلا.

**المسألة الثانية:** إذا احتاج أحدهما إلى سقى ما له، ولم يكن على الآخر ضرر، جاز له أن يسقيه، لما ذكره المصنف وفيها صورتان:

**إحداهما:** أن يكون المحتاج البائع.

**والثانية:** أن يكون المحتاج المشترى، وقول المصنف: ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع، وما إذا لم يكن، والشيخ أبو حامد والماوردى ذكرا ما إذا كان لكل منهما نفع، فقال الشيخ أبو حامد: لا يجبر الممتنع من السقى على السقى، وللآخر أن يسقى، والأجرة عليه، وقال الماوردى: للبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه، ومؤنة السقى على البائع، لما فيه من صلاح ثمرته، وإن كان لنخل المشترى فيه صلاح، إلا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة، والنخل تبع، فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر، وقيل للمشترى: إن أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه.

وما قاله الماوردى موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف: وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه، والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير.

فيجىء صور هذه المسألة بإطلاق المصنف ثلاثا: أن ينتفع البائع، ولا يتضرر المشترى، ولا ينتفع أو ينتفع المشترى ولا يتضرر البائع ولا ينتفع، أو ينتفعا جميعا.

وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها.

أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشترى لامتصاص الثمار رطوبة

الأشجار وقد جزم الإمام فى هذه الصورة فى حال إمكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشترى على أحد الأمرين: إما أن يسقى وإما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها.

وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما إذا كان السقى متعذرا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وإنما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه.

فإن انقطع الماء فلا تقصير منه، وحق التبقية قائم له، وهذا الذى قاله الإمام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه.

وقال الإمام: إن القولين يشيران إلى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشترى؟ قال: ولم يقع التعرض لاستواء الحقين؛ يعنى كما يقوله أبو إسحاق فيما إذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى.

قال: ولا بد من هذا الوجه، ثم موجب استواء الحقين الفسخ، والله أعلم.

وقول المصنف: جاز له أن يسقيه، وليس للآخر أن يمنعه، فإن منعه أجبر على تمكينه.

وهذا مراد الرويانى بقوله إذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه؛ لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه، لا على أن يسقى، والله أعلم.

**المسألة الثالثة**: إذا احتاج أحدهما إلى السقى وكان على الآخر ضرر وفيها صورتان.

**أحدهما**: أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة، فأراد البائع السقى فوجهان.

قال أبو إسحاق يقال للمشترى: اسمح للبائع بالسقى، فإن سمح فذاك، وإلا قلنا للبائع: اسمح بترك السقى، فإن سمح فذاك وإن أبى فسخنا العقد بينهما، وقال ابن أبى هريرة: يجبر المشترى على ذلك وللبائع أن يسقى، والأجرة على البائع.

وحكى الإمام وجها ثالثا بمراعاة جانب المشترى لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها.

**قال**: وحقيقة الأوجه تئول إلى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشترى، ومنهم

من يرعى جانب البائع.

وأبو إسحاق لا يقدم أحد الحقين على الآخر.

**الصورة الثانية:** أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة فأراد المشترى السقى.

قال أبو إسحاق: يقال للبائع، اسمح فى أن يسقى المشترى، فإن سمح فذاك، وإلا قلت للمشترى: اسمح فى ترك البائع فإن سمح فذاك وإن أبى فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبى هريرة: أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشترى؛ لأنه على ألا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الإمام ويكون بينا لمراعاة جانب البائع، وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز، قاله صاحب البيان وغيره، وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله: وتجب الأجرة على من يسقى من كلام ابن أبى هريرة، وأما مراده بمن يسقى: البائع فى الصورة الأولى والمشترى فى الصورة الثانية.

ويجوز أن يكون قوله: وتجب أجرة السقى على من يسقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع به، لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح، فإنه يسقى، والمنفعة للمشترى، ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو المشترى أو هما جميعا فتجب الأجرة عليهما، كما صرح به الرويانى وهو الظاهر، والذى يسقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع لأجله، ومعنى الإجبار: إجباره على تمكين الآخر من السقى، وقول المصنف: «لأن منفعة السقى تحصل له» تعليل ظاهر فى الطرفين، وقد فهم ابن الرفعة من كلام الماوردى فى هذه الصورة الثانية، وقوله: إن لصاحب الثمرة منعه، فإذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولا آخر.

قال: وبذلك يكمل أربعة أوجه.

**ثالثها:** إن تراضيا على أحد الأمرين فذاك، وإلا فسخه الحاكم.

**ورابعها:** الأمر كذلك إلا أن المتولى للفسخ البائع إن أراد، وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما، وتركها المصنف لوضوحها، ولا خلاف فيها، وهى إذا كان السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود إليه فهو سفه

وتضييع، قاله الرويانى، وهذا إنما يتصور فى غير النخل.

أما النخل فينفعه السقى أبدا، فلو قال صاحب الثمرة: أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه إلى وقت الجذاذ؛ لأنه إنما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا، وترك واحدة، ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى، والله أعلم.

**فائدة**: قال الشيخ أبو حامد وغيره: قالوا: هلا قلتم فى هذه المسائل: السقى على المشترى صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت، حيث تجب أجرة السقى على صاحب الأصل، وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة، وذلك إنما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشترى، فكان بخلافه، قال ابن الرفعة: وحيث نقول بإجبار المشترى فلا خيار له، أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى.

**فرع**: حيث جعلنا للبائع السقى، قال الشافعى والأصحاب: وإنما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه، وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل، فإنه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط، فإن اختلفا فى ذلك فقال المشترى: فى كل عشرة أيام سقية، وقال البائع: فى كل خمسة أيام سقية، فالمرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه، ولو قال أهل الخبرة: إن الثمرة لا تفسد بترك السقى، بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة، والشجر يتضرر بها، قال الإمام: فهذا فيه احتمال عندى، يجوز أن يقال: يمنع البائع، فإن الزيادات لا تنضبط، فالمرعى الاقتصاد.

ويجوز أن يقال: أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه.

وهذا بيِّن أن محل الخلاف المتقدم عن أبى إسحاق وابن أبى هريرة إذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران، وإنما

ضرر وزيادة نفع، والذى ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى، والله أعلم.

وأطلق الرافعى احتمال الإمام متى كان السقى يضر بواحد، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر؟ فيه احتمالان، ولم أرهما فى النهاية إلا فى الحالة الواحدة، وجعل الغزالى الاحتمالين المذكورين وجهين، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى إسحاق وابن أبى هريرة، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى، والله أعلم.

فرع: القولان اللذان أطلقهما المصنف، هل محلهما فيما إذا كان السقى متعذرا أو مطلقا؟ كلام الغزالى والإمام يقتضى الأول وجزم فى حالة الإمكان بوجوب السقى أو القطع على البائع، وكلام الشافعى يقتضى الثانى، لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة إمكان السقى من غير الماء المعتاد، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما إذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك.

واستنبطه من كلام الشافعى، وقوله: أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعا، أخذ من ذلك أن الواجب عند إمكان السقى القطع عينا، وله أن يسقطه بالسقى إلا أن الواجب أحد الأمرين، كما يقول ذلك فى المولى، فإن لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع؛ لأنه لا مسقط له، ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره.

وقال النووى: إن هذين القولين فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة، فإن لم يكن وجب القطع قولا واحدا، كذا قاله الإمام وصاحب التهذيب.

فرع: ظاهر كلام الأصحاب: أنه يجب السقى بالماء الذى جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار، ولو كان ملك المشترى بأن كان من بئر دخلت فى العقد، وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشترى حيث يفسد العقد، قال ابن الرفعة: لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى إذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل.

**قلت:** لا يقتضى ذلك فإن شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الإبقاء، وليس ذلك، كما إذا شرط الانتفاع بملك المشترى ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وإن كان ملك المشترى يستفاد، معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى، ولم يقل: تجب مؤنة السقى؛ لأن الماء من جملة المؤنة، وهو على المشترى وفى الصورة المذكورة وإنما يجب على من يسقى بها الأجرة فى نقله، وما أشبهه، نعم تجب عليه - أيضا - الآلات التى يستقى بها المشترى إنما يلزم التمكين من الماء خاصة، والله أعلم.

**فرع:** أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى إسحاق.

وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشترى والذى يقتضيه إطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فإنه قال: وإذا كان لا يصلحها إلا السقى فعلى المشترى تخلية البائع.

وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى إجبار المشترى، فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب، ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا.

وقال ابن الرفعة: إن ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنه - أن: «النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وروى ابن عمر - رضى الله عنه - - أيضا - أن: «النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ ثَمَرَةِ النَّخْلِ حَتَّى تُزْهِى وَالسُّنْبُلِ وَالزَّرْعِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ» ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة، ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح.**

**والعادة فى الثمار تركها إلى أوان الجذاذ، فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن من أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز، وإن باعها بشرط القطع جاز؛ لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز؛ لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل، كالغرر فى الحمل**

**يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان:**

**أحدهما: يصح؛ لأنه يحصل لمالك الأصل، فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض.**

**والثاني: لا يصح؛ لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل.**

**الشرح**: حديث ابن عمر(١) - رضى الله عنهما - الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم، ولفظ مسلم: الثمرة، وفى الصحيحين - أيضا - من رواية ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَبَايَعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»(٢) زاد مسلم: «وَتَذْهَبَ عَنْهُ الْآفَةُ».

وأما حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الثَّانِى فَرَوَاهُ مُسْلِمٌ، وَلَفْظُهُ: «عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنْ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ، نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِى»(٣) وفى رواية الشافعى فى حديث ابن عمر قال الراوى: «فَقُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ: مَتَى ذَلِكَ؟ قَالَ: طُلُوعُ الثُّرَيَّا» وقد وردت أحاديث فى الصحيحين وفى غيرهما فى المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح.

منها حديث ابن عمر المذكور.

---

(١) أخرجه البخارى ٥/ ١٣٩ كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٤)، ومسلم ٣/ ١١٦٥ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٤٩/ ١٥٣٤)، ومالك فى الموطأ ٢/ ٤٨١ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (١٠)، وأحمد ٢/ ٧ و ٥٦ و ٦٣ و ٧٧ و ١٢٣ وأبو داود ٢/ ٢٧٢ - ٢٧٣ كتاب البيوع باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٦٧)، وابن ماجه ٣/ ٥٥٨ كتاب التجارات باب النهى عن بيع الثمار (٢٢١٤) والنسائى ٧/ ٢٦٢ كتاب البيوع باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه.

(٢) أخرجه البخارى ٥/ ١٤٤ كتاب البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٩)، ومسلم ٣/ ١١٦٦ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار (٥١/ ١٥٣٤)

(٣) أخرجه مسلم ٣/ ١١٦٥ (٥٠/ ١٥٣٥)، وأحمد ٢/ ٥، وأبو داود ٢/ ٢٧٣ كتاب البيوع باب فى بيع الثمار (٣٣٦٨)، والترمذى ٢/ ٥١٠ أبواب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها (١٢٢٦ و ١٢٢٧)، والنسائى ٧/ ٢٧٠ كتاب البيوع باب بيع السنبل حتى يبيض وابن الجارود (٦٠٥)، والطحاوى فى شرح المعانى ٤/ ٢٢ وابن حبان (٤٩٩٤)، والبيهقى ٥/ ٢٩٩.

ومنها: عن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تَزْهُوَ» قال الراوى: «فَقُلْنَا لِأَنَسٍ: مَا زَهْوُهَا؟ قَالَ: تَحْمَرُّ وَتَصْفَرُّ، قَالَ: أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»[1] رواه البخارى ومسلم.

وقد كثر الزهو فى الحديث يقال: زها النخل يزهو، قال الخطابى: هكذا روى فى الحديث «يزهو»، والصواب فى العربية: يزهى وقال غيره: ليس هذا القول منه عند كل أحد، فإن اللغتين قد جاءا عند بعضهم، ومنهم من قال: زها النخل إذا طال واكتهل، وهذا القول مخالف لما جاء فى الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية، ولمعنى الحديث، وقد ورد فى بعض روايات الشافعى لهذا الحديث: «قيل: يا رسول الله؛ وما تزهى، قال: حتى تحمر»[2] والزهو - بفتح الزاى - وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاى وهو غريب، وعن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَتَبَايَعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وَلَا تَتَبَايَعُوا الثَّمَرَ بِالثَّمَرِ»[3] رواه مسلم، وقوله: «يبدو» أى «يظهر» يقال: بدا يبدو، مثل: دعا يدعو، فأما بدأ يبدأ - بالهمز - فمن الابتداء.

وعن جابر: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ حَتَّى يُشْقَحَ، قِيلَ: وَمَا يُشْقَحُ؟ قَالَ: تَحْمَارُّ وَتَصْفَارُّ وَيُؤْكَلُ مِنْهَا»[4] رواه البخارى ومسلم - رحمهما الله تعالى - وقوله يشقح - بضم الياء المثناة من تحت وإسكان الشين المعجمة - وبعد القاف حاء مهملة، ويروى - بفتح الشين وتشديد القاف - يقال: أشقح وشقح، وروى يشقه بإبدال الحاء هاء، وقد فسره فى الحديث قال: والإشقاه أن يحمر أو يصفر، وفى رواية النسائى فى هذا الحديث: «حَتَّى يُطْعَمَ» وفى رواية لمسلم: «حَتَّى يَطِيبَ»[5]

---

(١) أخرجه البخارى ٥/ ١٤٤ كتاب البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، ومسلم ٣/ ١١٩٠ كتاب المساقاة باب وضع الجوائح (١٥/ ١٥٥٥) والنسائى ٧/ ٢٦٤ كتاب البيوع باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها

(٢) أخرجه الشافعى فى المسند ٢/ ٣٠٧ - ٣٠٨

(٣) أخرجه مسلم ٣/ ١١٦٨ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها... (٥٨/ ١٥٣٨).

(٤) أخرجه البخارى ٥/ ١٣٩ كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٦)، ومسلم ٣/ ١١٧٥ كتاب البيوع باب النهى عن المحاقلة... (٨٤/ ١٥٣٦).

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٧) (٥٣/ ١٥٣٦).

وعن ابن عباس قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَأْكُلَ مِنْهُ أَوْ يُؤْكَلَ، وَحَتَّى يُوزَنَ، قَالَ: فَقُلْتُ: مَا يُوزَنُ؟ فَقَالَ رَجُلٌ عِنْدَهُ: حَتَّى يُحْرَزَ»[١] رواه البخارى ومسلم.

وعن أنس: أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ»[٢] رواه أبو داود والترمذى، والحب الطعام، واشتداده قوته وصلابته.

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وعن عمرة عن رسول الله ﷺ مرسلا أنه: «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»[٣] رواه مالك فى الموطأ، وألفاظ هذه الأحاديث مختلفة، ومعانيها متفقة.

قال العلماء: إما أن يكون النبى ﷺ قالها فى أوقات مختلفة ونقل كل واحد من الرواة ما سمع، وإما أن يكون قال لفظا فى وقت ونقله الرواة بالمعنى، وعن زيد بن ثابت قال: «كَانَ النَّاسُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَتَبَايَعُونَ الثِّمَارَ، فَإِذَا جَدَّ النَّاسُ وَحَضَرَ تَقَاضِيهِمْ قَالَ الْمُبْتَاعُ: إِنَّهُ أَصَابَ الثَّمَرَ الدَّمَانُ، أَصَابَهُ مُرَاضٌ، أَصَابَهُ قُشَامٌ - عَاهَاتٌ يَحْتَجُّونَ بِهَا - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: ﷺ لَمَّا كَثُرَتْ عِنْدَهُ الْخُصُومَةُ فِي ذَلِكَ: إِمَّا لَا فَلَا تَتَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ» كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم»[٤] رواه البخارى.

الذمان - بفتح الذال وتخفيف الميم - عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد.

والمراض - بضم الميم - داء يقع فى الثمرة فتهلك.

والقشام - بضم القاف والشين المعجمة -: أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا.

---

(١) أخرجه البخارى ٥/ ١٨٥ كتاب البيوع باب السلم إلى من ليس عنده أصل (٢٢٤٦) وطرفاه فى (٢٢٤٨ و ٢٢٥٠)، ومسلم ٣/١١٦٧ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار (٥٥/ ١٥٣٧)

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ ٢/ ٤٨١ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (١٢).

(٤) أخرجه البخارى (٥/ ١٣٨ - ١٣٩) كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٣)، وأبو داود ٢/ ٢٧٣ كتاب البيوع باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٧٢).

وقوله: إما لا، أى إن لم تفعلوا هذا، فليكن هذا، وأصلها: إن الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها، وأدخلت على لا النافية، وقد يقال: إن حديث زيد هذا يدل على أن هذا النهى فى الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم، لقوله ﷺ: «إمَّا لَا»، ولقول الراوى كالمشورة لهم، فإن ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم، والتمسك على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى، فإن كل أوامره ﷺ ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية، وأما التمسك بقوله: «إمَّا لَا» فلأنه يقضى: أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره، والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير: إلا تراجعوا عن الخصومة أو ما فى معنى ذلك، فذلك وإن كانت صورته صورة التعليق، فليس المراد منه التعليق، فإن رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم، ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك، فالمراد: - والله أعلم - أنشأ النهى لأجل ذلك، وكأنه استعمل بمعنى إذ التى تستعمل للتعليل، ومما يرشد إلى أن النهى حتم قوله: «نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِى»، فإنه تأكيد للمنع، وإن كان لمصلحة المشترى.

وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث، وقال أبو الفتح القشيرى: أكثر الأمة على أن النهى نهى تحريم، وقوله فى حديث أنس: «أَرَأَيْتَ إنْ مَنَعَ اللَّهُ - تَعَالَى - الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»[1] وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه ﷺ، وذلك من طريق مالك - رحمه الله - والدراوردى، وخالفهما سفيان الثورى وإسماعيل بن جعفر عن حميد، فجعلاه من كلام أنس، وإتقان مالك - رحمه الله - وضبطه مع كونه لا تنافى بينه وبين ما رواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبى ﷺ ويكون أنس قاله من كلامه

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٩٨) كتاب: البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٢١٩٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠) كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، الحديث (١٥/ ١٥٥٥)، ومالك (٢/ ٦١٨) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، حديث (١١)، والنسائى (٧/ ٢٦٤) كتاب: البيوع، باب: شراء الثمار حتى يبدو صلاحها، وابن الجارود رقم (٦٠٤)، وأحمد (٣/ ١١٥)، وأبو يعلى (١٠/ ٣٩٢) رقم (٣٧٤٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٢٤)، والبيهقى (٥/ ٣٠٠) كتاب: البيوع، باب: الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار، وأبو نعيم فى الحلية (٦/ ٣٤٠)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٦٩) من طريق حميد الطويل عن أنس؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل: وما تزهى؟ قال: «حتى تحمر».

لم يأت فيه بالرفع، وأن عنده عن النبى ﷺ فروى عنه كذلك على الوجهين، ويثبت كونه عن النبى ﷺ وقد زعم بعض شارحى التنبيه: أن الشافعى - رضى الله عنه - انفرد عن جمهور المحدثين برفعه، وليس كذلك، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعى، ورواه مع مالك عن حميد الدراوردى كما رأيت، والله أعلم.

**أما الأحكام**: فقد قسم الشافعى والأصحاب بيع الثمرة إلى قسمين:

**القسم الأول**: أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين:

**الأول**: أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين:

**الأول**: أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين، فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام، وهذا التقسيم أحسن، وإن شئت تقول - وهو أقرب إلى كلام المصنف: إن بيع الثمرة على قسمين:

**الأول**: أن يبيعها قبل بدو الصلاح، وذلك على قسمين:

**الأول**: أن تباع من غير مالك الأصل، وذلك على قسمين:

**الأول**: أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام:

**الأول**: أن يبيعها بشرط التبقية، فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة.

**الثانى**: أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف؛ لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة، وممن صرح بالإجماع فى المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما، ونقل ابن حزم فى كتابه المحلى عن سفيان الثورى وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة، لا بشرط القطع ولا بغيره، والشافعى - رضى الله عنه - أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» كذلك قال فى الأم، فإن الثمرة التى تقطع لآفة تأتى عليها، فإنما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه، فإن ذلك فيه خلاف.

وأما هذه العلة فمنصوصة، ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة، وهو من أقوى درجات الإيماء الذى هو أحد أدلة العلة، ولعل سفيان الثورى - رحمه الله - إنما منع من ذلك؛ لأن فى روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته، فلعله لذلك لم يأخذ به، لكن فى الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك، منها: قوله: «حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَةِ»، ومنها: قوله: «حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»، يعنى: أنها بعد الصلاح تأمن من

العاهات والجوائح غالبا لكبرها، وغلظ نواها، وقبل الصلاح تسرع إليها العاهات لضعفها، فإذا تلفت لم يبق شيء فى مقابلة الثمن، وكان ذلك من أكل المال بالباطل.

فإذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الإمام، وهو - أنها قبل بدو الصلاح[. . . .][1] أجزاؤها كبرا ظاهرا من أجزاء الشجرة، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية.

فرع: إذا باع بشرط القطع، وجب الوفاء به، فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشترى بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك، نص عليه الشافعى والصيمرى والماوردى والرافعى، قال الرافعى: ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير.

وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع، وقد يقوى ذلك بأن الغرر إنما ينتفى بأخذها، ولذلك قال المصنف - رحمه الله -: لأنه يأخذه قبل أن يتلف، فمتى لم يؤخذ - وإن كان بتراضيهما - فالغرر باق، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح، وطريق الانفصال عن هذا السؤال: أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد، وهو فى هذه الصورة مأمون، فإن التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد، فإذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق، بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التبقية، فإن التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ، فالآفة قبله مانعة منه، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمانى التابعى، صح عنه أنه قال: لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه، فإن غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به.

فرع: قال فى التتمة: إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا، وكذلك قال فى البحر، والرافعى. فرّع إذا باع بشرط القطع، فلم يتفق القطع حتى مضت مدة، فإن كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع، وجبت الأجرة، وإلا فلا، قاله الخوارزمى.

فرع: التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار، فتكون مؤنة القطع

---

(١) بياض فى الأصول.

على المشترى؟ أو لا يكون إلا بالنقل والتحويل، فتكون مؤنة القطع على البائع؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح؟ وسنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى.

**القسم الثالث**: أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية، فمذهبنا: أن البيع باطل للأحاديث، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وداود، وقال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: البيع جائز صحيح، ويأخذ المشترى بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الإطلاق يقتضى القطع؛ لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم إلا بالقطع، وعندنا الإطلاق يقتضى التبقية، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه، ولهذا قال: لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله، وبشرط القطع يصح فيهما، والإطلاق كشرط القطع، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين، وبشرط التبقية يصح بعده، ولا يصح قبله، والإطلاق كشرط التبقية.

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى تنزيله على القطع ليصح، وبالقياس على ما بدا صلاحها، وعلى ما شرط قطعها، وعلى رهنها، وأجاب أصحابنا: بأن النهى ورد مطلقا، فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لإطلاقه، ولا على شرط القطع للإجماع بيننا وبين الخصم، فتعين أن يحمل على البيع المطلق، وأيضا أن النهى توجه إلى المعهود من البياعات، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط، فصار النهى بالعرف متوجها إلى المطلق دون المقيد؛ ولأن العرف فى الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية، والتسليم الواجب فى العقد فى كل شىء بحسبه، وليس التسليم بالقطع والتحويل، وإنما هو برفع اليد والتمكين.

وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم، بل يحمل على ما يقتضيه الإطلاق ثم يعتبر حكمه فى الصحة والفساد، وقد يتقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد إما فى التصحيح وإما فى الإفساد، وليس ذلك سعيا فى التصحيح ولا فى الإفساد، بل هو واقع من ضرورة القيد.

وأما القياس على ما بدا صلاحها، فلا يصح لوجهين:

**أحدهما**: أنه يدفع النص.

**والثانى**: أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة، والقياس على المشروط: القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن، فجوابه: أن لنا فى رهنها قبل بدو الصلاح قولين، فإن جوزنا؛ فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر فى عقدها قبل بدو الصلاح؛ لأنه لا عوض فى مقابلتها بخلاف البيع، فإنها إذا تلفت ضاع الثمن، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت، وقوله: إن النهى كان كالمشورة، وقد تقدم الكلام فيه، وأجاب أصحابنا - أيضا - عنه بوجهين.

**أحدهما**: أن تأويل الراوى مرجوع إليه إذا احتمل الخبر أمرين، والمراد أحدهما بالإجماع، كتفسير التفرق فى خيار المتبايعين، وكقوله إلا ها وها تفسير عمر له.

أما فى تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا.

**والثانى**: أن ظاهر رواية زيد وقوله: إنه حضر تقاضيهم أنه كان قد وقع على شرط التبقية، ولا يقال: وقت التقاضى بعد مدة إلا إذا كان مشروطا، وهذا الظاهر مشروط بالإجماع؛ لأنه متى شرط التبقية بطل، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به؛ لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح، كما يمنعونه قبله.

والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين، وحمل الغزالى فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة، وأن ذلك لا يحصل إلا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل: «أينقص الرطب إذا جف[١]؟» ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال: فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٢]، فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب.

**قلت**: وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا، فيتبين الأحمر من الأصفر، وروى عن ابن عمر وابن عباس: - رضى الله عنهم -: أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر، قال الشيخ أبو حامد: ولا مخالف لهما من الصحابة، والله أعلم.

**فرع**: قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية؛ لأنها المعتاد، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها إلى الحلاوة، واعتاد أهلها قطع

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

الحصرم، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد: أنه يصح من غير شرط القطع؛ تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة، فيكون المعهود كالمشروط، وامتنع الأكثرون من ذلك، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة، وهذا الخلاف يجرى فيما إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون، والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن.

وأشار إمام الحرمين إلى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية، وأن هذا أقرب من تلك المسألة؛ لأن إعمال التواطؤ فى تلك المسألة إلغاء صريح اللغة الثابتة، فقد لا يحتمل، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض، فالمذهب: جواز إقراضه، وفيه وجه، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ، والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقى، ولكنى اتبعت فى نقل مسألة الحصرم - عن الشيخ أبى محمد، ومسألة الرهن عن القفال - ما فى النهاية.

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال، فإما لنسبة هذه القاعدة إليه، وإما لنقل خاص عنده، وفى الوسيط نسبه إلى المنع فى المسألتين إلى القفال، ونسبه ابن أبى الدم إلى الخلل والتهافت.

أما الخلل فلما ذكرته، وأما التهافت ففى قوله: المنع، وتأويله أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم، وخالف من صحح فى مسألة الرهن.

قال ابن الرفعة: كلام الشيخ أبى محمد مباين لكلام القفال؛ لأن القفال اعتبر العادة وحدها، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهى إلى الحلاوة، فقد يحتمل ذلك حالة كماله، حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم، صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم ثلاثة أوجه.

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتمل، ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبى محمد: أنه إنما اعتبر العادة، وإنما فرضنا فى ذلك؛ لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما، أما أن ذلك معتبر عنده فى الحكم فيحتاج إلى نقل، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن، ومنع وجوب التبقية فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه؛ لقول الجوهرى: إن الحصرم أول العنب، والمراد أنه لا تجب تبقيته إلى أوان الجذاذ، كما يقتضيه إطلاق غيره من

الأصحاب، وهذا حمل حسن - أيضا - لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه، وقول الجوهرى معناه: أول الثمرة التى نهايتها عنب.

واعلم: أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها:

**أحدها**: العرف.

**والثانى**: العادة، وينقسم كل منهما إلى عام وخاص، والعرف غير العادة، فإن المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ، كما تقول: الدابة: حقيقة عرفية عامة فى ذوات الأربع، والجوهر: حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها، فهذان قسمان متغايران، العادة والعرف، وقد تجعل العادة أعم، وتقسم إلى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف، وعادة فعلية وهى مقابله، وقد يطلق العرف على الجميع. والأمران الآخران.

**أحدهما**: الألفاظ التى تطلق فى العقود، وفى تقييد مطلقها، وتفسير مجملها.

**والثانى**: ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد.

وهذان أمران مغايران أيضا، فإن الأول يرجع إلى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد، وحمل المسلم فيه على السليم؛ لأنه المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق دون المعيب، والثانى: يرجع إلى تقدير شرط مضمون إلى العقد كمسألتنا هذه، فاعتبار العرف العام لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال: اشتر لى دابة، لم يشتر إلا ذوات الأربع، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية.

وأما العوائد الفعلية فإن كانت خاصة، فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة.

**منها**: تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب، وهذا إن قدمته فى قسم العرف، فإن هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ، فالرجوع فى ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة.

**ومنها**: أنا لا نخرج المتكارس إلى ذكر المنازل، وتفصيل كيفية الأجزاء، وهذا مثال صحيح، وهى من قسم ما يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع، والتبقية، كبقية أجزاء البهيمة

المكراة، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم، ووجوب تسليم الإكاف والثفر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة.

**وضابطه**: كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ إلى الفهم، سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا، مشتغلا بما لا حاجة إلى ذكره، وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه؛ ولأن فهم هذه الأشياء صار فى العرف لمفهوم اللفظ، فالتحق بالعادة القولية.

قال الإمام: وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم، ومضمره كالمذكور صريحا، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه، فهو مثار الخلاف، يعنى ما تتعارض الظنون فى اطراده، وأما ما لا يطرد جزما، فلا يعتبر، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر، فلا تخصص عاما، ولا تقيد مطلقا، كما إذا حلف لا يأكل خبزا، ولا يلبس ثوبا، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان، وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير، والسبب فى ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغة، وإطلاقهم فى ذلك الصحيح وما قدمناه غير معارض له، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

ثم أشار الإمام - أيضا - إلى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خلاف الأصحاب فى أن الشىء النادر إذا اطرد، كدم البراغيث فى بعض الأصقاع، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه وقطف العنب حصرما فى غاية الندور، فإن فرض اطراد عادة بقعة به، فهو على ذلك الندور.

فرع: لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة.

قال الرويانى: لا نص فيه، قال وقد قال أصحابنا: يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع؛ لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها.

**قلت**: وهذا يشير إلى المعنى الذى نقله الإمام واستضعفناه فيما تقدم، ولكن ينبغى أن يقال: لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها، فإن هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى، وإذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحال، والله أعلم.

وممن نص على الصحة فى ذلك - أيضا - الخوارزمى، وعلله بأن العقد يحمل

على العادة، والعادة فيه القطع، وكذلك صاحب التتمة والنووى فى الروضة، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول، وهو ما إذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار.

**فرع**: إذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئا، قال الشافعى فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه: إن كان له مثل رده، ولا أعلم مثلا، فإذا لم يكن فقيمته.

**قلت**: ومن هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد إذا كان مثليا يضمن بالمثل، كما هو القياس، وإن كان بعضهم قال: إنه يضمن بالقيمة، وإطلاق صاحب التنبيه يقتضيه، فبهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل، والله أعلم.

**فرع**: إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح، فإن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الإجبار على القطع، كما كان قبل ذلك، وإن كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك؟ أو لا يجاب إلى ذلك، بل ينفسخ العقد؟ فيه قولان، وقيل: بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعى لتعذر التسليم، كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة: وهذا فيه نظر؛ لأن المستحق بعض المبيع، وهو على الإشاعة، فليكن البطلان، إن قيل به فى قدر الزكاة كما إذا استحق بعض المبيع قال: وجوابه: أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقى العقد فيه وهو لا يمكن، فلذلك تعذر تسليمه، وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح، بناء على منع القسمة؛ لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما فى ذلك من تغيير عين المبيع.

**القسم الثانى**: بحسب ما اقتضاه كلام المصنف إذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع، فإنه يصح، وقد نص الشافعى - رضى الله عنه - على هذه المسألة، نقلها القاضى أبو الطيب عن نصه فى الرسالة وقد رأيتها فى الأم - أيضا - فى باب ثمرة الحائط يباع أصله، قال: فإن قال قائل: فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد؟ قيل: بما وصفنا من السنة، وأراد الشافعى بالسنة الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»، وذكر الشافعى فى الأم فى هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها، وذلك غير معلوم؛ لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها

تتبع فى البيع، ولو بيع شىء من هذا على الانفراد لم يجز، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه، ولو أفرد بعضها لم يجز، فوافق فى هذا وخالف فى أنه لا يجوز إفراد بعض جوارحه مع القطع أيضا.

قال القاضى أبو الطيب: ولو كان القطع يعنى فى الثمرة إذا بيعت مع الأصل شرطا لقال - يعنى فى الحديث -: إلا أن يشترط المبتاع القطع، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الغرر فيها كأساسات الدار، وأصول الجذوع، وطى الآبار، وغير ذلك، وأيضا فإنه إجماع لا خلاف فيه.

هذا كلام القاضى أبى الطيب.

وأما ما ذكره من المعنى، فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضا، ومرادهم: أن الأصل غير متعرض للعاهة، والثمرة تابعة، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة إلى الحمل، وكأنه لحظ فى ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة، والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى، فكان قياسها عليه أولى.

ولك أن تقول: أما قياسها على الحمل، فإن كان المراد ما إذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعا فالفرق ظاهر، وإن كان المراد ما إذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب: إنه إذا قال: بعتك هذه الدابة وحملها، ففى صحة العقد وجهان.

**أصحهما** - عند الرافعى، وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على -: أنه لا يصح.

**والثانى**- وبه قال أبو زيد، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب -: الصحة، ومقتضى كلام القاضى أبى الطيب فى شرح الفروع: أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطا من الثمن، والقول الآخر: على أنه ليس له قسط، وأما قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب - وإن كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها - لكنهم أجروا خلافا فى بيع الجبة وحشوها، فطريقة قاطعة بالصحة؛ لأنه جزء بخلاف الحمل.

وطريقة مجرية للخلاف، فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقين؟

فإن قلت: مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها، والجبة وحشوها أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم، وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع إفراده بالبيع.

والثمرة بعد التأبير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها، ولكن بشرط القطع، ولا يلزم من إيجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها إيجابه إذا بيعت مع غيرها، ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة، القول به هنا.

**قلت**: يرد ذلك قول الشافعى - رضى الله عنه - الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها.

وذلك غير معلوم؛ لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع، فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع، وأنه إذا قال: بعتك الدابة وحملها - يصح، وهو رأى أبى زيد، وأيضا فإن الثمرة قبل بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة، وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل.

وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما إذا قال: بعتك الدابة وحملها والمشهور خلافه، فكيف ساغ للمصنف القياس عليه؟ وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى - رضى الله عنه - والإشكال عليه أشد، فإنه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح.

وأما المصنف فلعله يرى الصحة، فإن القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال: إن أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها إذا علم أن الحشو قطن.

وقال: إن مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا.

يعنى إن قلنا: له قسط - صح، وإلا فلا - لعدم العلم به، ويتفق وجوده، واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها، والجوز ولبه والرمان وحبه، على أنه قال فى آخر كلامه: إنه يجوز تخريجهما؛ أعنى الجوز ولبه، والرمان وحبه، على الخلاف.

فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل، وإنما يصح القياس ممن يرى الصحة.

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن، وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل، ويقوى الإشكال على القياس عليه،

وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الإمام فى منع البيع بغير شرط القطع، وهو امتصاصها من ملك البائع.

وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو نقول: بأنها إذا باعها مع الشجرة حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها، معقود فى بيعها مع الشجرة، فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية، لما عرفته.

فإن قلت: ظاهر ما حكيته من نص الشافعى يقتضى الصحة فى بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها، وهى غير معلومة، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد؟.

قلت: يغتفر ذلك تبعا كالأساس، والتحقيق فى ذلك كله: أن ما دخل فى مسمى البيع وكان جزءا، فإنه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس، وما كان خارجا عن مسماه وليس بجزء منه، ظاهر النص الذى حكيته: يقتضى الجواز فيه أيضا؛ لأن المسيل والطرق خارجة.

وبه جزم القاضى أبو الطيب، ولم يحك فيه خلافا فى شرح الفروع، فإن صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء، ويحتمل أن يبطل فيه، وإن صح فى تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم، ولهذا قال الشافعى فى كتاب الصرف: ولا خير فى أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقالها، هذا كله إذا جعله مقصودا بأن قال: بعتك النخلة وثمرتها، أو الجارية وحملها.

هذا ما يتعلق بالمعنى الذى أبداه القاضى أبو الطيب والمصنف، وأما ما ادعاه القاضى أبو الطيب من الإجماع، فإن ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط.

كقوله: بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك.

فإن ذلك صحيح لا شك فيه للحديث.

أما إذا أتى به على وجه البيع كقوله: بعتك النخلة وثمرتها، فإنه يجوز عندنا وعند المالكية، لكن مذهب مالك: أنه لا حصة للثمرة من الثمن، وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة، وهو بعيد.

وقال ابن حزم الظاهرى: لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها إلا بالاشتراط فقط أخذا بظاهر لفظ الحديث، وللأولين أن يقولوا: إنه لا معنى لإدخالها بالشرط إلا إدخالها فى البيع.

وإلا فهى لا تدخل عند الإطلاق ومتى أدخلها فى البيع بأى لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر.

نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا؟ جزم الشافعى بقوله هنا بأنها تقابل بقسط، وقال فى الحمل هنا: إنه لا يقابل بقسط، مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضا.

فرع: هذا الحكم الذى ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع، لا خلاف فى المذهب فيما أعلمه.

قال الرافعى - رحمه الله -: بل لا يجوز شرط القطع، لما فيه من الحجر على الشخص فى ملكه، وسبقه فى ذلك صاحب التتمة وقال: إنه لو شرطه بطل.

**قلت**: يرد عليه إذا باع الثمرة ممن يملك الأصل، فإن شرط القطع فيه حجر على الشخص فى ملكه بعين ما قال، ومع ذلك فقد قال الرافعى: إن الأصح عند الجمهور وجوبه، وعلل الخوارزمى المنع: بأنه يضر بمقتضى العقد، إذ مقتضاه الإبقاء، ثم استشكله: بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالإطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب، ثم لو عين نقدا لا أجلا صح.

وقال ابن الرفعة: يشبه على طريقة الإمام والغزالى فيما إذا شرط فى بيع العبد أن لا يكسوه إلا كذا أن يصح ويلغى الشرط، وههنا القبض بالتخلية بلا إشكال؛ لأن التخلية تحصل فى الأصل والثمرة معا إذ الثمرة تابعة للشجرة فى التسليم، والله أعلم.

فرع: إطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما إذا بدت من أكمامها، وكانت مرئية وأما إذا لم تكن كذلك [. . . . .][1] وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة، ويشهد لذلك كلام الشافعى الذى قدمته فى بيع الدار بمسيلها وطرقها، وهى غير معلومة؛ لأن ذلك بيع، وذلك ظاهر إذا قلنا: يجوز بيع الطلع فى قشره، وهو الأصح.

أما إذا منعناه فيحتمل أن يقال: إنه يجوز - أيضا - تبعا، كما سقط شرط القطع، ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح.

**القسم الثالث**: إذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصى، فملكها وبقيت الأصول

(١) بياض فى الأصول.

للورثة.

إذا باع الثمرة فى هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع؟ فيه وجهان.

**أحدهما**: يصح لما ذكره المصنف، وهو الذى جزم به المصنف فى التنبيه، وصححه الجرجانى والغزالى.

وادعى ابن التلمسانى: أن الأكثرين على ترجيحه، والبندنيجى: أنه ظاهر المذهب؛ لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره، فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد؛ لأنه ينافى مقتضى العقد، قاله القاضى حسين فى الزروع، واعترض على القياس الذى ذكره المصنف بالفرق، فإنه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة فى الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل.

وأما إذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع إلى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل.

**والثانى**: وهو الأصح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى والرويانى والشاشى وابن أبى عصرون، والجمهور، على ما حكاه الرافعى: أنه لا يصح، والفرق بينه وبين ما إذا جمعهما عقد واحد: أن العقد إذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس، بخلاف ما إذا أفردت.

وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه: إن الأول ظاهر المذهب، وقال فى إيجابه: إنه - أعنى أظهر القولين[....][1] هو القياس، وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان.

**فرع**: على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليله[....][2]، وممن صرح به النووى فى المنهاج، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرا، أخذا من قول القاضى حسين.

قال بعضهم: ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إن علل بالمشار إليه فى الحديث، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا، وإن علل: بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة؛ لأن

(١) بياض فى الأصول.
(٢) بياض فى الأصول.

التسليم متحقق، فإن الأصل فى ملك المشترى، فلا علاقة لغيره فى المبيع.

وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه: إن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشجر والثمار فيها، وإن ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها، ولا كذلك إذا بيعت منفردة.

قال: وهذا القائل تخير أن يقول: إن التسليم لا يحصل بذلك، وإلا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب: إن من فى يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن، لا بد من النقل والتحويل، ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل، فإن التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما، وعن ابن الصباغ والبندنيجى والمحاملى: أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس.

وما ادعوه من القياس فيه نظر، والله أعلم.

ولنرجع إلى كلام المصنف، قوله: ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه، والبيع المطلق الذى خالفنا فيه أبو حنيفة، والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر، وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله: ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة إلى قوله: وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، وقد تقدم بسط ذلك وبيانه فى ذكر حججنا وحجج الخصم.

وقوله: وإن باعها بشرط القطع هو القسم الذى تكلمنا عليه ثانيا، وادعى جماعة فيه الإجماع وتقدم ما فى ذلك، وقوله: لا بد أن يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه، وإلا فقد يتراضيان على بقائه.

وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا.

وقوله: وإن باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع وقوله لأن حكم الغرر يسقطه إشارة إلى أن الغرر لا ينتفى.

ولكن لا يكون له حكم شرعا، وقوله: «كالغرر فى الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل، ظاهر ذلك: أنه يختار الصحة فيما إذا باع الجارية وحملها، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب فى هذا الموضع والأصح فى المذهب: خلافه كما تقدم.

(وقوله): وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل إلى آخره، هو هذا القسم الثالث

الذى شرحته، وقد تقدم، وسيأتى القسم الآخر الذى بقى من أقسام بيع الثمار، وهو أن يكون بعد بدو الصلاح فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

**فرع**: إذا باع الثمرة التى لم يبد صلاحها وأطلق، ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك، صح بيعه النخل، ولا يصح بيع الثمرة، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الإمام فى كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما إذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه.

قال: فإن كان لهذا الوجه صحة وثبوت، فلا بد من طرده فى بيع الثمار إذا تقدمت، واستأخر عنه بيع الأشجار، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار.

وأما الزروع: فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراهما مجرى واحدا، والأقسام التى فى الثمار عائدة بعينها فى الزروع.

**القسم الأول**: أن يبيعها مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد، فإن باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل للحديث، وهو قوله: «وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وفى الحديث الآخر: «وعن بيع الحب حتى يشتد» وقياس مذهب أبى حنيفة وتجويزه البيع فى الثمار مطلقا: أن يجوزه فى الزروع أيضا، وإن باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم فى الثمار، وخالف سفيان الثورى وابن أبى ليلى كما خالفا هناك فقالا: لا يجوز مطلقا، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبى ليلى أيضا: على أنه لا فرق فى الزرع فى السنبل والقصيل، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع.

وخالف ابن حزم الظاهرى[1] فجوزه تمسكا بأن النهى إنما ورد عن السنبل، قال: ولم يأت فى منع بيع الزرع منذ ينبت إلى أن يسنبل نص أصلا، وروى عن أبى إسحاق الشيبانى قال: سألت عكرمة عن بيع القصيل.

---

(١) قال فى المحلى (٧/٣٠٨): وبيع القصيل قبل أن يسنبل جائز وللبائع أن يتطوع للمشترى بتركه ما شاء إلى أن يرعاه، أو إلى أن يحصده، أو إلى أن ييبس بغير شرط فإن غفل عنه حتى زاد فيه أولادا من أصله لم تكن ظاهرة إذا اشتراه فاختصما فيهما: فأيهما أقام البينة بمقدار المبيع: قضى بها، ولم يكن للمشترى إلا القدر الذى اشترى، وكانت الزيادة من الأولاد للبائع.

فقال: لا بأس، فقلت: إنه سنبل فكرهه، قال: وهذا نفس قولنا.

وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف فى الزرع الماوردى والرافعى وغيرهما، ولو باع القت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح، ولا يجعل هذا كشرط القطع، قاله الخوارزمى.

واعلم أن الأصحاب اتفقوا - فيما أعلم - على اشتراط شرط القطع فى هذا القسم، وقال الغزالى فى الوسيط: أما البقل إن بيع مع الأصول، فلا يشترط القطع، وإن بيع دون الأصول ينزل على القطع.

قال ابن أبى الدم: يريد به أنه لا بد من شرط القطع فيه، قال الإمام: لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى فى محيطه: إنه لا بد من شرط القطع، وذكره الشيخ فى البسيط فى الزرع الأخضر، وهكذا ذكره الجماعة فى الزرع الأخضر، وكان يمكن أن يقال: لا يشترط اشتراط القطع فى هذا، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع، خوفا من الاختلاط، بخلاف الثمار، ولفظ الشيخ فى الوسيط يشعر به، لكن المنقول ما ذكرته، هذا كلام ابن أبى الدم.

وقال ابن الرفعة: إن الأشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه إلى الحالة التى يجذ فيها، فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع، أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى، وعليه يحمل كلام الغزالى؛ لأنه ذكره عند الكلام فى بيع ما بدا صلاحه، فظاهر نصه فى الأم يدل على ذلك لقول الشافعى فيها: لا يجوز أن يباع القرط إلا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ، ويأخذ صاحبه فى جذاذه عند ابتياعه.

وقال فى هذه الحالة: إنه إذا تركه من غير شرط فى العقد أياما - وقطعه ممكن فى أول منها - كان المشترى منه بالخيار فى أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقض البيع.

**قلت**: وهذا حمل حسن، وعليه يدل كلام القاضى حسين، ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ما سيأتى عنه فى بدو الصلاح، وأنه جعل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن فى كلام الشافعى الذى اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه إذا شرط تركه لم يصح، وهو ظاهر؛ لأنه يؤدى إلى اختلاط، فإن ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه، لا يجوز فيه شرط التبقية ويجوز فيه شرط القطع والإطلاق، لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه.

أما الزرع الذى يعتاد إبقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد، سواء كان بقلا أو قصيلا أو سنبلا، ما لم يشتد.

وقال الشافعى أيضا: لا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ولا يزيد، وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه، ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا.

وأما الأول الذى يكون وصل إلى حالة صلاح، فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه، والله أعلم.

**القسم الثانى**: ألا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب، والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا.

تنبيه إطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر، يشمل ما إذا كان الزرع لم يتسنبل بعد، أو تسنبل ولم يشتد، ولذلك صرح به الأصحاب، وهو بإطلاقه يشمل ما إذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرئيا كالشعير أو غير مرئى كالحنطة، وإنما فصلوا بين المرئى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

فإن كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين، وإلا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا.

**القسم الثالث**: إذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز، وذكر ههنا الوجهين، وقد تقدم ذكرهما، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن - أيضا - يدل له، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع.

قال القاضى حسين وغيره: فعلى قولنا: لا يحتاج إلى شرط القطع، لو شرط فيه القطع بطل العقد؛ لأنه ينافى مقتضى العقد، وفيه ضرر على المشترى.

فرع: قول المصنف هنا: إذا باع الزرع ممن يملك الأرض، وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا: أنه المالك، فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك

يفرض فى صور منها إذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه، ثم اشتراه البائع مطلقا، هل يكون كالمالك؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا؟ هل يستمر الحكم المذكور؟ أو نقول: إن المالك فى هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبى.

وأما الثمرة فلا يمكن فيها ذلك؛ لأن الشجرة لا يجوز استئجارها، كما صرح به بعض الأصحاب فى هذا الباب.

**فرع**: لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض، فإنه يصح ويشترط فيه ذكر القطع، قاله القاضى حسين وصاحب التتمة والخوارزمى، وهو ينبغى أن يكون تقييدا لما تقدم من الإطلاق، وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة.

**فرع**: قد تقدمت الأحاديث الواردة فى المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح.

ومنها: ما هو مطلق، ومنها: ما هو وارد فى النخل، قال ابن عبد البر: ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل فى معنى ثمر النخل، وأنه إذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه.

**فرع**: لا فرق فى الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر، أو يقطف كالحصرم والعنب. أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار والباذنجان.

وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ واللوز والرانج، كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية فى بيعها قبل بدو الصلاح وبعده، ومنفردة وتابعة، والله أعلم.

**فرع**: الفجل المغروس فى الأرض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فإن شرط القطع جاز، أو التبقية أو أطلق لم يجز.

وإن اشترى أصله المغروس فى الأرض لم يجز، سواء قلنا: بيع الغائب باطل أو صحيح؛ لأنه لا يمكن رده إلى البائع على صفته.

قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما.

**فرع**: قال القاضى حسين: إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد، ويؤمر بالقلع، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح، ويكون بيع الغائب وبيع المجهول، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث.

وقال فى الجوز ونحوه: إذا كان فى الأرض وكان بعضه ظاهرا من الأرض فإنه يجوز بيعه كالصبرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها، وسيأتى عن الإمام: أن البقول التى

تتزايد لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع مطلقا.

وليس لها حالة كحال بدو الصلاح.

**فرع**: قال ابن الحداد فى المولدات: باع نصف ثمرة على رءوس النخل قبل زهو الثمرة، فالبيع باطل؛ لأنه لا يمكن أن يقسم.

وكذلك إن باعه نصف زرعه بقلا، وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والرويانى فى الزرع والثمرة جميعا، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب، ونص عليه الشافعى فى الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع، وذكره المزنى آخر مسألة فى كتاب الصلح.

قال الرافعى وغيره: وعللوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر إلى شرط القطع، ولا يمكن قطع النصف مشاعا إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع، فأشبه ما إذا باع نصفا معينا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها إلا بهدم الدار، فإنه لا يصح العقد فيه.

وقال الرافعى: وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الكل إنما يستمر بتقدير دوام الإشاعة وامتناع القسمة.

أما إذا جوزنا قسمة الثمار فى حال الرطوبة بناء على أنها إفراز، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل، بأن يقسم أو لا؟ فليكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القسمة لا مطلقا، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد.

قال القاضى أبو الطيب: هو الصحيح.

**قلت**: قد قدمت فى باب الربا فى جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب، لا يجوز قطعا.

وفى العنب والرطب ثلاث طرق:

**أصحها** - وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى -: أنه لا يجوز، وإن قلنا: إنها إفراز.

**والثانى**: تخريجها على القولين.

**والثالث**: يجوز، وإن قلنا: إنها بيع، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعد بدو الصلاح.

أما قبل بدو الصلاح، فلا يجوز جزما، وإن كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا،

وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما، وفى الرطب والعنب إما جزما على ما قاله المحاملى، وإما على الأصح إذا جعلنا الخلاف مطلقا.

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخلاف فى القسمة - وإن كان مخالفا لما قاله المحاملى - فليس فيه تصحيح للجواز؛ لأنه لم يذكر هنا، أما الأصح عنده فى القسمة وقد صحح الرافعى فى باب الربا: أن قسمة ذلك تبع، فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك: أنه لا يجوز قسمتها، وإن كان فى باب القسمة حكى اختلاف التصحيح فى قسمة المتشابهات.

وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعى عن أبى الطيب من آخر الخلاف فى ذلك، والذى ادعاه ابن أبى الدم: أنه لا خلاف فى البطلان، وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب فى التعليل، وأن أبا الطيب قال: الصحيح ما علل به ابن الحداد، وقد نص الشافعى على هذه العلة، فالتصحيح حينئذ فى التعليل ولا خلاف فى الحكم.

وقد قال الشافعى - رضى الله عنه - فى باب الآجال من الأم: إنه إذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه، فأرادوا اقتسامه - فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال، وكذلك لو بدا صلاحها - لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن، وللثمرة حصة من الثمن، فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة، لا بخرص ولا تبع، ولا تجوز قسمته إلا أن يقتسما الأصل، وتكون الثمرة بينهما مشاعا إن كانت لم تبلغ، أو كانت قد بلغت، غير أنها إذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا، وإن أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع، فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمره، ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة.

وإذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة؛ لأنه ليس فى تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا فى يد بيد انتهى.

فهذا نص فى امتناع القسمة قبل بدو الصلاح، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا، لكن قوله: غير أنها إذا بلغت، فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل.

واعلم: أن ابن الحداد علل المنع فى ذلك بامتناع القسمة كما رأيت، وغلطه بعض الأصحاب فى التعليل، وقال: ليس العلة أنه لا يصح قسمتها، فإن البيع لا

يصح وإن قلنا: قسمتها صحيحة، وإن القسمة إفراز، وإنما لم يصح ذلك؛ لأن اشتراط القطع لا يصح فيها؛ لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه، قال القاضى أبو الطيب: هذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح، والتعليل هو الذى ذكره ابن الحداد، ونص الشافعى كذلك.

قال فى الصلح: لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر، ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا، ومقتضى هذا الكلام من أبى الطيب: أن علة ابن الحداد هى الصحيحة، وأن القول بذلك مبنى على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم، ثم قال القاضى أبو الطيب بع، ذلك: أنه إذا قلنا: تصح قسمة الثمار صح بيعه؛ لأن شرط القطع يصح فيه، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه.

وأما إذا قلنا: لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح؛ لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبع، والشرط فيه لا يصح، ولا يمكن قطع المبيع منفردا؛ لأنه مشاع، وهذا الذى قاله القاضى بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة، وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها، وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها، والله أعلم.

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضى فى هذا الكلام الذى قاله، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء على القسمة، وما أفهمه نص الشافعى، ولقائل أن يقول: ليس التمسك بمفهوم ذلك على إثبات خلاف فى هذه المسألة بأولى من التمسك به على امتناع القسمة، والجزم بامتناع البيع ههنا، وكيفما قدر فالمنع فى هذه المسألة إما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به، وإذا نظرت إلى كلام الرافعى بمجرده، وما قاله فيما إذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها إفراز، وما حكاه عن أبى الطيب: أن تخريجها على ذلك هو الصحيح، وفى ذهنك: أن قسمة المماثلات إفراز، توهمت من مجموع ذلك: أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة، وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما؛ لأنه لا تجوز قسمته خرصا جزما، والثمار غير الرطب، والعنب كذلك، والرطب والعنب يجرى فيهما الخرص، وفى قسمتهما خرصا خلاف، المنقول عن نصه فى الصرف الجواز.

وذكر الرافعى: أنه الأصح تفريعا على أن القسمة إفراز، لكنه ذكر فى ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع، فيكون الأظهر امتناع البيع فى ذلك.

والعجب من القاضى أبى الطيب، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته، مع أنه جزم فى باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا، ولا أعلم أحدا صرح بذلك، إلا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص يجرى فى غير الرطب والعنب، فيجىء على مقتضاه خلاف فى قسمة ذلك خرصا، قال ابن الرفعة: فإن قلت: الأصحاب قالوا فى كتاب المساقاة: إن بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح، وإن لم تجز القسمة.

**قلت**: صحيح؛ لأن التبقية تجب على البائع، وهى تستلزم تبقية الباقى إذا لم تجز القسمة بالخرص، وليس فيها تغيير عين المبيع، والله أعلم.

**فرع**: من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح، وكانت الثمار تابعة، قاله الرافعى وغيره، وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة.

قاله الخوارزمى، فلو شرط القطع فى ذلك احتمل أن يكون اشتراطه فى بيع كل الثمرة مع كل الأصل، واحتمل أن يكون أولى بالفساد؛ لأجل امتناع القسمة، ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر، فباع نصف الثمرة من مالك النخل، أو نصف الزرع من مالك الأرض، فوجهان مبنيان على الوجهين فى اشتراط القطع، لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل، قاله القاضى حسين فى الزرع، والرافعى فى الثمرة.

وقد تقدم الخلاف فى الأصح من الوجهين، وأن الأصح الاشتراط، فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة.

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح، وقال الخوارزمى: إن اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع، لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح، فأشعر بخلاف، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعا على قولنا: القسمة إفراز، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض، فإن باعه مطلقا لم يجز، وإن كان بشرط القطع صح؛ لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشترى، وجملة

الشجر أو الأرض تصير للآخر، وعلى مشترى الثمرة أو الزرع قطع الكل؛ لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشترى بالشرط، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه.

وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشترى جائز، قاله القاضى حسين فى الزروع، والرافعى فى الثمار، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع.

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد، والثمرة أو الزرع لاثنين، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض، بشرط القطع، صح - قاله الرافعى، وإن كان بغير شرط القطع، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل، قاله القاضى حسين، فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولا واحدا.

وقال الخوارزمى فى الكافى: لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع والبقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقا، ولا بشرط القطع، كما لو باع من غيره، ولو كانت الأرض لاثنين والزرع لواحد عكس ما تقدم، فإن باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح، وإن باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين، وإن باع الكل من أحدهما لم يصح، وإن باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين، إن قلنا: لا يحتاج إلى شرط القطع جاز، وإلا فلا، قاله القاضى حسين، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض، فقد تقدم.

ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه، قال فى التتمة: فإن قلنا: إنه إذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح، ويشترط القطع فى الكل؛ لأن كل الزرع مبيع.

وإن قلنا: لا يعتبر فيه شرط القطع، فالعقد باطل؛ لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد؛ لأن الأرض ملكه، ولا يمكن إفراز النصف بشرط القطع فيه؛ لأن النصف لا يعرف إلا بالقسمة، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها، فالعقد باطل - قاله فى التتمة.

وإطلاق صدر المسألة فى أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمله، ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال فى التتمة: لا يجوز؛ لأن النصف الذى هو مبيع

مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه، والنصف الذى هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع، وشرط القطع فى النصف لا يمكن، والله أعلم، ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم فى موضعه.

**فرع**: رأيت فى المطارحات لابن القطان أنه إن باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز، فإن باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز، ولم يتضح لى ذلك.

ولعله غلط فى النسخة

**فرع**: فى رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف، سيأتى إن شاء الله تعالى فى موضعه إن يسر الله ذلك.

**فرع**: قال أحمد بن بشر عن نصه: ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد: يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها.

**فرع**: البطيخ له أحوال:

**الحالة الأولى**: أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع، وتكون الأرض كالشجرة.

**والحالة الثانية**: أن يفرد أصول البطيخ بالبيع، قال العراقيون والإمام وغيرهم: يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع، إذا لم يخف الاختلاط، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع، وما يحدث يكون للمشترى، قال ابن الرفعة: ولم يخرجوه على ما إذا أطلعت النخلة بعد البيع، وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا، وهذه بطون.

وإن خيف اختلاط الحملين، فلا بد من شرط القطع، فإن شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما فى نظيره إن شاء الله تعالى، ولو باع الأصول قبل خروج الحمل، فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر، فإذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشترى، قال ابن الرفعة: وفى صحة البيع نظر؛ لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود.

**الحالة الثالثة**: أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض، فالذى قاله القاضى أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة، وقال الإمام والغزالى والمتولى: لا بد من شرط القطع؛ لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة، وذكر

ابن الرفعة: أن هذا من تفقه الإمام وأن المنقول خلافه، واعتمد فى ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين، والرافعى أبدى ذلك تخريجا فقال: «قضية ما نقلناه فى بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع، فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك»، وهذا الذى قاله الرافعى متعين، إما أن يقال بالجواز فى المسألتين أو بالمنع فيهما، والأول أقرب إلى كلام العراقيين.

**والثانى**: مقتضى كلام القاضى حسين والفورانى والإمام: يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ، حيث قال بالصحة فى الأول، ومنع فى الثانى، وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من إطلاق الصحة فى الموضعين، وفى كلام الشافعى فى المختصر ما يمكن التمسك به فى ذلك.

**الحالة الرابعة**: أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله، فإن كان قبل بدو الصلاح لم يصح، وإن كان بدا الصلاح فى كله أو بعضه نظر - إن كان يخاف خروج غيره - فلا بد من شرط القطع، فإن شرط فلم يقطع ففى الانفساخ للبيع قولان يأتى نظيرهما إن شاء الله تعالى.

وقال ابن الرفعة: قد يقال: إن ذلك ظاهر على قولنا: إن الاختلاط إذا حصل يبطل البيع، أما إذا قلنا: لا يبطل فيصح ههنا.

والفرق بين ذلك وبين توقع التلف: أن المالية هناك تذهب كما يشير إليها الخبر ولا كذلك ههنا.

وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع، والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ فى الأحوال المذكورة، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع؛ لحديث ابن عمر - رضى الله عنهما - ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح، فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى، ويجوز بيعها مطلقا للخبر؛ ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال، ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاذ للخبر، ولأن إطلاق البيع يقتضى التبقية إلى أوان الجذاذ.**

**فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق فجاز».**

**الشرح**: القسم الرابع من الأقسام المتقدمة: وإن شئت قلت: الثانى: أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح، فإنه يجوز مطلقا.

وقسمه الأصحاب - أيضا - باعتبار شرط القطع والتبقية والإطلاق إلى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك.

**الحالة الأولى**: أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز إجماعا، وممن ادعى الإجماع فيه الماوردى، ومستنده: إما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، فإن مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح، عند القائلين بالمفهوم، وإما زوال الحالة المقتضية للتحريم، فيرجع إلى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم، وهذا لا بد من الاعتضاد به، فإن فى التمسك بالمفهوم فى الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا.

قال شارح البرهان فى أصول الفقه: إن استند المفهوم إلى طلب فوائد التخصيص لم يعم، وإن استند إلى أن ذلك من جهة اللفظ عم، وعزى الأول إلى الشافعى، لكنا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك، فإن صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحالتين، ولا احتياج إلى الاعتضاد بالأصل المذكور، والقياس الذى ذكره المصنف - رحمه الله تعالى - على ما قبل بدو الصلاح، وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح، والله أعلم.

وفى هذه الحالة هل إذا شرط القطع يجب؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح: أنه يجب، ولو تراضيا على الترك جاز، وكذلك يأتى ههنا بطريق أولى، قال الإمام: ولا شك أن هذا - يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح - مطرد فى ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس، وابتياع البناء كذلك.

**الحالة الثانية**: أن يبيعها مطلقا فيجوز - أيضا - بلا خلاف للخبر، وقد تقدم ما فى ذلك، وبالقياس الذى ذكره المصنف، قال الشافعى - رضى الله عنه - والأصحاب: وفى هذه الحالة للمشترى تركها إلى أوان الجذاذ، وقال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: يجب على المشترى قطعها فى الحال بناء على أصله فى أن إطلاق العقد يقتضى القطع.

وإطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وبقوله ﷺ فى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ - تَعَالَى - الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» قال القاضى أبو الطيب: هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها إلى أوان البلوغ؛

لأنه لو وجب قطعها فى الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف.

وقال الحنفية: إن هذا كمن قال: بعتك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير.

وكانت قيمته فى العرف ألف درهم، فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار، ومع ذلك العقد باطل.

وأجاب أصحابنا: بأن فى العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف لمن ينسب إلى الجهل.

ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للإبقاء وطمع فى الإبقاء لا ينسب إلى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه.

**الحالة الثالثة**: أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا، وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله -: لا يصح تمسكا بأن ذلك ينافى مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية، وعن الثانى بما إذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع، فإنه ينقله على حسب العادة وتمسك المصنف وأصحابنا فى ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه.

وقد تقدم ما فى ذلك لا سيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية، وإن اعترف به بعض المنكرين للمفهوم، والتمسك بالقياس مبنى على اقتضاء العرف لذلك، والله عز وجل أعلم.

**فرع**: أطلق المصنف: أنه إذا بدا صلاحها جاز بيعها.

ومراده بذلك: أن المنع الذى كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة فى مواضعها، فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد فى سنبله.

وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى، أو زرع بارز حبه فى غير كمام، كالشعير والذرة.

وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته فى بقائه فيها كالرمان والباذنجان والأرز على خلاف فيه.

وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس، أو قشرتان إما كالفستق والبندق والجوز، وإما كالباقلاء واللوز والرطب فلا يجوز.

وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة فى سنبلها فى باب ما نهى عنه من بيع

الغرر، فلا حاجة إلى إعادة شرحه، والله أعلم.

وما أشرت إليه من المعنى بقولي: إن المنع الأول ارتفع ببدو الصلاح، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم، وإن قلنا: إن له عموما فإنه يقتضى ارتفاع ذلك النهى، أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا.

كقوله: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع»[1] فهى إذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب، ويبقى النهى لأجل الأذى حتى تغتسل.

**فرع**: قال القاضى حسين: بيع الزرع وحده إن كان بذرا لم يصح على الصحيح، وقصيلا جاز بشرط القطع.

أو بعد الاشتداد بارزا كان كالشعير والجاورس والدخن، أو متسنبلا فى كمام، فقولا بيع الغائب، فإن باع الأرض مع الزرع - فإن كان أخضر - صح فيهما.

أو مشتد الحبات بارزا فكذلك، أو مستترا - فإن أبطلنا البيع فيه عند الانفراد - بطل ههنا فيه.

وفى الأرض قولا تفريق الصفقة، وإن صححنا فيه الانفراد، ولكن نثبت خيار الرؤية، فههنا قولا الجمع بين مختلفى الحكم.

**فرع**: قصب السكر صلاحه فى بقائه فى قشره، كالجوز فى قشره، فى قشره الأسفل، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة، قال ابن الرفعة: ولولا جواز بيعه فى قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه، ويبقى إلى أوان قطعه.

**فرع**: الكتان إذا بدا صلاحه، قال ابن الرفعة: يظهر جواز بيعه؛ لأن ما يغزل منه ظاهر مرئى والشاش فى باطنه كالنوى فى التمر ونحوه، لكن هذا لا يتميز فى رأى العين بخلاف التمر والنوى، والله أعلم.

**فرع**: البقل إذا بيع مع الأصول، قال الغزالى: لا يشترط القطع، فإنه لا يتعرض لعاهة، وقال صاحب التهذيب: لا يجوز بيع القت والبقول فى الأرض دون الأرض إلا بشرط القلع أو القطع، سواء كان مما يجذ مرارا أو لا يجذ إلا مرة واحدة، غير أنه إذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قلعه؛ لأنه لم يملك الأصل، وما لم يجذ إلا مرة واحدة يجوز، وقال القاضى حسين: إذا باع أصل الكراث مع الكراث

---

(١) يأتى.

صح، ويؤمر بالقلع، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح، ويكون بيع الغائب، ولو باع الأرض التى فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل فى العقد كأصول الأشجار، وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بجذه فى الحال، وكذلك القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث.

والفرق على رأى الغزالى بين البقل حيث قال: إنه لا يجوز بيعه بأصوله إلا بدون شرط القطع، وبين البطيخ حيث قال: إنه لا يجوز بيعه مع أصوله إلا بشرط القطع؛ أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه، ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف، وإذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر فى البطيخ، فلذلك استويا فى الحكم، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه، فإنه الذى فى الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ، والله أعلم.

وإن بيع البقل دون الأصول، قال الغزالى: يدل على القطع، يعنى؛ لأن العرف يقتضيه، ولا يحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر، فإن العرف فيه الإبقاء لو لم يشترط القطع، ومن الناس من رأى التسوية فى ذلك، واعترض على الغزالى فى كلامه: بأن شرط القطع فى ذلك ليس بواجب، قال ابن الرفعة: والأشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التى يجذ فيها، فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع، وإن انتهى جاز، وعليه يحمل كلام الغزالى، وظاهر نصه فى الأم يدل على ذلك.

فرع: فإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت - فإن كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن إذا ظهر جميعه - جاز: لأنه مبيع مشاهد، وإن كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج فى قشره، وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفول والحمص وما أشبهه، فإن قلنا: يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض، وإن قلنا: لا يجوز لم يصح البيع فيها؛ لأنه مبيع مجهول مقصود فى نفسه، وهل يصح البيع فى الشجرة والأرض، يبنى على القولين فى تفريق الصفقة، فإن قلنا: لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل فى الجمع، وإن قلنا: يجوز بكل الثمن صح البيع فى الشجر والأرض، وللمشترى الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن، وبين أن يرده ويأخذ ما دفع، وقد تقدم هذا التفصيل كله فى بيع الزرع من كلام الماوردى.

**فرع: فى مذاهب العلماء:**

وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، واحتج له بأنه بيع وإجارة مجهولة، فأشبه اشتراط ترك القماش فى الدار قلنا: الشجرة لا تؤجر، ولا أجرة لها بخلاف الدار.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وبدو الصلاح فى الثمار أن يطيب أكلها، فإن كان رطبا بأن يحمر أو يصفر، وإن كان عنبا أسود بأن يتموه، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو، وإن كان زرعا بأن يشتد وإن كان بطيخا بأن يبدو فيه النضج، وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل، والدليل عليه ما روى أنس - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ، وَعَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ، وَعَنْ بيع الثَّمَرَةِ حَتَّى تُزْهِى»، وروى جابر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تُطْعَمَ».**

**الشرح:** أما حديث أنس[١] فروى البخارى منه: أن النهى عن بيع الثمرة حتى تزهى، وفى رواية: ثمر النخل، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد، وقال: حسن غريب لا يعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب.

وأما حديث جابر[٢] فرواه البخارى ومسلم - رحمهما الله -، ولفظهما: «عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تَطِيبَ»، وعندهما فى رواية أخرى واللفظ للبخارى - رضى الله عنه-: «أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ حَتَّى تُشْقَحَ، فَقِيلَ وَمَا تُشْقَحُ؟ قَالَ: تَحْمَارُّ وَتَصْفَارُّ وَيُؤْكَلُ مِنْهَا»، وعند مسلم فى رواية: «وَعَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تُطْعَمَ»[٣] كما ذكرها المصنف، فإذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الإطلاق [ف] قل: رواية مسلم.

وقوله: يتموه قال ابن أبى عصرون: يدور فيها الماء الحلو، ويصفو لونها، وقوله: يشتد أى يصلب ويقوى، وقد تقدم ذلك، وقوله: حتى يطعم - بضم الياء وكسر العين - ويقال - بفتح العين - وضبطه ابن البدرى أنه - بفتح التاء والعين -

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه مسلم ٣/ ١١٧٤ (٨٢/ ١٥٣٦).

أيضا وهى خطأ، قال: معناه حتى تصير طعما، وقيل: تبلغ حين تطعم، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنْ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ»(١) ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد؛ لأن وقت اشتداده وقت مبادى بياضه.

**أما الأحكام**: فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح، فروى عن ابن عمر أن: «بُدُوَّ الصَّلَاحِ فِى الثَّمَرِ بِطُلُوعِ الثُّرَيَّا»(٢)، وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه، وحكى عن عطاء وجماعة: أن بدو الصلاح أن يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير، قال ابن المنذر: وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس، وروى عن النخعى: أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى، وكان ابن عمر إنما أطلق طلوع الثريا؛ لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت، فتباين الألفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمد عليه فى إثبات اختلاف.

ومذهبنا: أن بدو الصلاح يرجع إلى تغير صفة فى الثمرة، وذلك يختلف باختلاف الأجناس، وهو على اختلافه راجع إلى شىء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل، وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فإن حديث أنس اعتبر الاشتداد فى الحب والاسوداد فى العنب والزهو فى الثمرة، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة، وهى تشمل العنب وغيره، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه؛ لأنه وقت للطعم لا لعينه، فلذلك قال فى الحديث: «حَتَّى تَطِيبَ».

قال الأصحاب: ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا؛ لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٥)، ومسلم (٣/ ١١٦٥) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، الحديث (٥٠/ ١٥٣٥)، وأبو داود (٣/ ٦٦٥) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٣٣٦٨)، والترمذى (٣/ ٥٢٩) كتاب: البيوع، باب: كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، الحديث (١٢٢٧)، والنسائى (٧/ ٢٧٠ - ٢٧١) كتاب: البيوع، باب: بيع السنبل حتى يبيض، وابن الجارود (٦٠٥)، والبيهقى (٥/ ٣٠٣) كتاب: البيوع، باب: ما يذكر فى بيع الحنطة فى سنبلها، من حديث ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى تزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، ونهى البائع والمشترى».

(٢) أخرجه أحمد ٢/ ٤٢ و ٥٠، وعبد بن حميد (٨٣٦).

الثمر، أو يتقدم، بل البلد الواحد قد يتعجل فى عام، لاشتداد الحر ودوامه، ويتأخر فى آخر لاشتداد البرد ودوامه، وطلوع الثريا لا يختلف؛ لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس قالوا: وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح؛ لأن ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا، والكرم يؤكل حصرما، وليس ذلك صلاحا له، ولا يصح اعتباره بالقوة؛ لأن قوة الثمرة قبل صلاحها، وإذا صلحت لانت ونضجت.

وقد أشار الشافعى - رضى الله عنه - إلى اختلاف بدو الصلاح فى أجناس الثمار بقوله: وللخربز نضج كنضج الرطب، فإذا رأى ذلك فيه حل بيع خربزه، والقثاء تؤكل صغارا طيبا، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه.

واعترض عليه أبو بكر بن داود بأنه إما أن يكون الشافعى - رضى الله عنه - أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء، فلا فائدة فى ذلك، أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك؛ لأنهم يعلمونه ضرورة.

وأجاب الأصحاب: بأن الشافعى قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه فى الابتداء مخالف لما يكون فى النهاية، وأن القثاء بخلاف ذلك؛ لأنه فى ابتدائه وصغره طعمه كطعمه فى حال كبره، بخلاف بقية الثمار، فإنها تكون فى ابتدائها حامضة أو مرة، ثم تصير حلوة، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل المصنف، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعى.

قال الماوردى: وجملة الثمار على ثمانية أقسام:

**أحدها:** ما يكون بدو الصلاح فيه باللون، وذلك فى النخل بالاحمرار والاصفرار، وفى الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض.

وأما الفواكه المتلونة، فمنها: ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش، ومنها: ما يكون بالبياض كالتفاح.

**قلت:** ومحل ذلك فيما يتلون عند الإدراك بلون يخالف اللون السابق، وجعل القاضى أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر فى حال كماله كما يكون فى صغره، قال: فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض، وما قالاه ظاهر.

**القسم الثانى:** ما بدو صلاحه بالطعم، فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان، فإذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه.

**القسم الثالث**: ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ، فإذا لانت صلابته بدا صلاحه، وهذا معنى قول غير الماوردى طيب أو الحلاوة، والعبارات الثلاث متقاربة، فإن ذلك يحصل فى وقت واحد، وقال صاحب التتمة لما تكلم فى البطيخ: الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ، إلا فى شيء واحد، وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس أن يكبر ويتناهى؛ لأنهما لا يؤكلان فى تلك الحالة، ولكن أن يصير إلى الحد الذى يقصد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة، فإذا كان فى جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد، فهو وقت إباحة بيعه.

**الرابع**: ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد، كالبر والشعير، فإذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه.

**الخامس**: ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب، فإذا تناهى طوله وامتلاؤه إلى الحد الذى يجذ عليه، بدا صلاحه، هكذا قال الماوردى، وسنذكر فى آخر الكلام فرعا عن الإمام فى القرط، وما فى معناه من البقول، يخالف ذلك، وما قاله الماوردى أولى لما سنذكر، ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردى، والماوردى فى إجازته بيع البقول إذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى.

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى فى ذلك: إن القصب إذا انتهى إلى تلك الحال لا يبقى عرفا، بل العرف قطعه، فاكتفى به كما اكتفى به فى التبقية فى الثمرة لعدم[. . . .][1]، وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب، وإنما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك، قال: وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه إلى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع، واستحق التبقية فى الباقى إلى أوان قطعه.

**السادس**: ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان.

**السابع**: ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز، فإذا تشقق جوز القطن، وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه، ومقصود الماوردى من هذا: أنه إذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المشقق، إذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع؛ لأن ذلك ممتنع لانتشاره، وإنما سبق الكلام فى المعنى الأول.

---

(١) بياض فى الأصل.

**الثامن**: ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر، فإذا تفتح المنضم وانتشر فقد بدا صلاحه، وورق التوت: بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط، هكذا قال عطاء والنخعى، وجملة القول فى بدو الصلاح: أن تنتهى الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كمالها، هكذا كلام الماوردى، إلا ما فى ضمنه مما حكيناه عن غيره، وما نقله فى ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب، فإنه قال: إن بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجوز إلا بشرط القطع، وكذلك قال القاضى حسين، فلذلك رأى الرافعى أن يضبط حالة بدو الصلاح فى هذه الأشياء بصيرورتها إلى الصفة التى تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة، وهو موافق للضابط الذى قاله الماوردى وهو أسلم من ضابط الماوردى، فإن الكمال بالمعنى المذكور فى باب الربا ليس مرادا ههنا، واعتبار الماوردى أدنى الأحوال أحسن من عبارة الرافعى، فإنه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها، ولا يعتبر فى بدو الصلاح إلا أولها، فينبغى أن يزاد هذا اللفظ فى كلام الرافعى؛ ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها، فإن اللفظ منزل على ذلك.

وقد حكى الرويانى عن القاضى أبى حامد أنه قال فى جامعه: قد قيل: ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه، وبه يبدو صلاحه، ثم نقل قول عطاء والنخعى المتقدم، والله أعلم.

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف: وبدو الصلاح فى الثمار أن يطيب أكلها، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح، إذ ليس فيه ذكر الورق، وكلام الشافعى - رحمه الله تعالى - فى الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح فى الحناء والكرسف والقصب، ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحوه فيجب أن يقال: المراد ابتداء أكله المعتاد.

**فإن قيل**: البسر ليست العادة أن يؤكل فى أول احمراره أو اصفراره، بل يؤخر إلى تناهيه، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر، كما صرح به الحديث ونص الشافعى، قال إمام الحرمين: بين بدو الصلاح وبين الإدراك وأوان القطاف قريب من شهرين، يعنى فلأجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة فى الطيب، فالجواب: ما قاله الإمام، فإنه أورد ما الذى أوجب الفرق بين القثاء والثمار؟ وأجاب: بأن لا فرق، فإن الزهو إذا ابتدأ الناس فى الأكل، وقد يعقب تأخر المطعم إلى تمام الإدراك، كذلك القول فى القثاء، فإن الصغار منه تبتدر، ولكن عموم الأكل يتأخر، والذى

يتناهى صغره لا يؤكل قصدا إلا أن يتفق على شذوذ، فرجع الحاصل إلى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه، فعلامة ذلك فى المتلونات التلون إلى جهة الإدراك، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الإمام إلى أن الذى لا يؤكل فى العادة أصلا كالقثاء فى حال تناهى صغره لم يبد صلاحه.

والذى يؤكل فى العادة بدا صلاحه، وللأكل فى العادة مراتب: ابتداء ووسط وانتهاء، والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل فى البسر بالاحمرار دون القثاء فى صغره.

وإدخال المصنف الزرع فى أصناف الثمر، يشهد له قول الله - تعالى -: ﴿كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته، إلا قوله: إن صلاح العنب الأسود بأن يتموه، والذى حكيته فيما تقدم من كلام الماوردى، وهو الموجود فى كلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب: أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفى كلام الماوردى أن الصلاح فى الكرم بالتموه إلى الحمرة أو السواد، والله أعلم.

وقول المصنف - رحمه الله تعالى - فى القثاء: حيث يؤخذ ويؤكل، تنبيه على أن إمكان الأكل موجود فيه من قبل، ولكنه لا يؤخذ للأكل فى العادة، وفى معنى القثاء؛ الخيار والباذنجان، كما صرح به الرويانى، قال: وفى الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة، وفى الورد الانفتاح والانتشار.

فرع: إذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان، فإن بلغ نهايته جاز من غير شرط، ثم إن كانت المقاطع معلومة فذاك، وإلا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة، وكذلك إذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع، ولكن لا تقطع الأغصان معها، قال ذلك القاضى حسين.

فرع: قال الشافعى والأصحاب: إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق، ووجب إفراد العقد بالموجود، وقال مالك: يجوز بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق؛ لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة إلى بيعه قبل وجوده تبعا، وهى دعوى ممنوعة، قال بعض الأصحاب: وطريق تحصيل ذلك أن يشترى هذا الشجر مع ثمرته، وبدونها، بشرط القطع، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع.

فرع: قال الشافعى - رضى الله عنه -: ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا، وقسم

الأصحاب الاستثناء فى البيع إلى أربعة أقسام.

**الأول**: أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما، وهذا على ضربين مشاع ومحرز، فالمحرز: بعتك ثمرة هذه الحائط إلا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها، فهذا جائز بالاتفاق.

والمشاع: بعتك ثمرة هذه الحائط إلا ربعها صحيح أيضا، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا، وقال الأوزاعى: باطل؛ لأنه بيع على شرط الشركة.

**والقسم الثانى**: أن يكون الاستثناء مجهولا، والمبيع بعده مجهولا، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله: بعتك هذه الثمرة إلا قوت سنتى أو قوت غلمانى، باطل اتفاقا، وما ورد من ذلك عن ابن عمر - رضى الله عنه - محمول على أنه كان معلوما، والمحدد كبيع الثمرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل.

وقال مالك - رحمه الله تعالى -: إن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز، وكان له عشر نخلات وسط.

**والقسم الثالث**: أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا، كقوله: بعتك هذه الثمرة إلا صاعا منها فهو باطل، وقال مالك: جائز.

**والقسم الرابع**: أن يكون الاستثناء مجهولا، والمبيع معلوما، كقوله: بعتك من هذه الثمرة مائة صاع، والباقى لى، فإن علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح، إن أمكن كيل الثمرة، وبطل إن لم يمكن كيلها، ولا يصح الخرص فيها؛ لأن البيع بالخرص لا يجوز؛ لأنه تخمين وحدس، وإنما يجوز فى حق المساكين لأنه مواساة.

قلت: الصحيح فى العرايا: أنه لا يختص بالمساكين، والله أعلم.

وإن لم يعلما أن فى الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا؛ للجهل بوجود المبيع، فلو كيلت من بعد، فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساده، قال ذلك الماوردى وغيره من الأصحاب، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسوطة كاستيعابه، والله أعلم.

فرع: إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها، قال الشافعى والأصحاب: يكون الاستثناء صحيحا؛ لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة، فإن قال: إلا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح؛ لأنه غير معلوم، هكذا فرض القاضى أبو الطيب المسألة، وهو غير ظاهر، قال الماوردى فيها: إن كان الاستثناء

بسعر ما باع صح، وإن كان بسعر يومه لم يجز، ومراده ما قاله أبو الطيب، وكلام أبى الطيب أبين وأحسن.

**فرع**: قال: اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلا خمسة دراهم لم يجز، قاله الرويانى، ولو قال: بعتك قفيزا من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز؛ لأنهما معلومان، قاله الرويانى.

**فرع**: باع شاه واستثنى سواقطها، قال فى الصرف: لا يصح، كذا إذا قال: إلا رأسها ويديها، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر، أو يكونا حاضرين أو مسافرين، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك فى حق المسافر: يجوز، قاله القاضى أبو الطيب.

**فرع**: باع قطنا واستثنى حبه، أو سمسما واستثنى كسبه، أو شاة واستثنى جلدها، كان البيع فى هذا كله باطلا، قاله الماوردى.

**فرع**: بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور [فى أبواب الزكاة]، ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان، وهو أنه لو قال: بعتك الثمرة إلا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة فى البيع، أهو العشر؟ أو نصف العشر؟ وقال مالك: يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره، ورده أصحابنا، فإن أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان:

**أحدهما**: يجوز؛ لأنه يحل محل البائع.

**والثانى**: لا؛ لأنه كالوكيل، فإن استهلك المشترى الثمرة رطبا ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان.

(أحدهما): العشر تمرا على الوجه الذى يجبر له دفع الزكاة من غيرها، فيكون ذلك ضمانا لعشرها تمرا.

**والثانى**: يطالب بقيمة عشرها رطبا على الوجه الذى يمنع دفع الزكاة من غيرها.

فعلى هذا إن نقصت قيمة عشرها رطبا عن قيمة عشرها تمرا، ففى الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت فى الذمة أو فى العين؟

فعلى الأول: يرجع.

وعلى الثانى: لا يرجع عليه لزوال يده عن عين، قال ذلك الماوردى، ولعل ذلك مفروض فيما إذا أمر البائع المشترى بأداء الزكاة، وكذلك قاله الرويانى نقلا عن الماوردى.

**فرع**: الزرع الذى يخلف كالقرط وما فى معناه من البقول يكون متزايدا أبدا، لا وقوف له فإذا بيع منه جذة، فلا بد من شرط القطع.

ولا ينظر فى هذا القسم إلى ما يقع فى زمن العاهات، ولا إلى طيب الأكل لأجل الاختلاط، قاله الإمام، وقد تقدم عن الماوردى ما يخالفه، وقول الإمام: إنها لا تزال متزايدة يمنع، فإن فرض كذلك فالأمر كما قال، كما سيأتى فى كلام المصنف فى بيع الثمار الذى يعلم اختلاطها.

**فرع**: إذا اشترى الزرع الذى لا يخلف، إما بعد بدو الصلاح، وإما قبله شرط القطع، وقد ظننت تبقيته إما بعد بدو الصلاح وإما قبله باتفاقهما، فالزيادة التى تحصل فى الزرع للمشترى بالاتفاق، كنمو الثمرة إلى وقت اتفاق القطع، وليست كزيادة الزرع المخلف، قاله الإمام، والزرع الذى لا يخلف لو قطع يملك المشترى ظاهره، وعروقه المستترة بالأرض، قاله الإمام.

**قلت**: فيجىء على ذلك أنه إذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة، يجب على المشترى قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم، مثله إذا اشترى الأرض، فإنه يجب على البائع ذلك، وإن لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا، وسنذكر فى مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الإمام هنا إن شاء الله تعالى.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن وجد بدو الصلاح فى بعض الجنس من حائط جاز بيع ذلك الجنس كله فى ذلك الحائط؛ لأنا لو قلنا: لا يجوز إلا فيما بدا صلاحه فيه، أدى إلى المشقة والضرر بسوء المشاركة، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ولا ما لم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر؛ لأن المنع من ذلك لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة، فإن بدا الصلاح فى بعض الجنس فى حائط، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع، ففيه وجهان.**

**أحدهما: يجوز؛ لأنا جعلناه فى حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز إفراده بالبيع.**

**والثانى: لا يجوز؛ لأنه إنما جعل فى حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح، وما أجيز بيعه تبعا لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل.**

**الشرح**: فى هذه الجملة ثلاث مسائل"

**إحداها**: قال الشافعى - رضى الله عنه - والأصحاب: إذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة جاز بيع جميعها، وذلك أن الله - تعالى - أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد، فإنها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وإنما تطيب شيئا فشيئا، ولو اشترط فى كل ما يباع طيبه فى نفسه لكان فيه ضرر، فإن العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض، وإلى أن يطيب الأخير يتساقط الأول، فكان يؤدى إلى أنه إما ألا يباع، وإما أن يباع حبة حبة، وفى كلا الأمرين حرج ومشقة، وقد قال - تعالى -: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقال ﷺ: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ» وذكر الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم عن عطاء فى الحائط: تكون فيه النخلة فتزهى، والحائط بلح، قال: حسبه إذا أكل منه فليبع، ولا أعلم بين العلماء خلافا فى أنه لا يشترط الصلاح فى جميع المبيع، وإنما اختلفوا فى مقدار ما يضبطونه به، ومذهبنا: أنه يكفى بدو الصلاح فى نخلة واحدة، بل فى بسرة واحدة، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل، إذا عرفت هذه الجملة، فقد قال الأصحاب: إذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة دون بعض نظر: إن اختلف الجنس، لم يكن بدو الصلاح فى أحد الجنسين صلاحا فى الجنس الآخر، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة، وبدا الصلاح فى أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع فى الجنس الذى لم يبد فيه، لا خلاف فى ذلك عندنا.

وقال الليث بن سعد: يجوز، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار فى ذلك البلد.

وإن اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف.

وإن اختلف شىء من هذه الأشياء ففيه صور:

**الأولى**: أن يختلف النوع كالمعقلى والبرنى، فيبيع النوع الذى بدا صلاحه، والنوع الذى لم يبد صلاحه من جنسه فى ذلك البستان صفقة واحدة، وفيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين، كالوجهين فى نظير ذلك فى التأبير، والأصح عند الرافعى: التبعية، وأن حكمه وحكم التأبير واحد، وذلك مقتضى إطلاق المصنف - رحمه الله تعالى - وهو قول ابن خيران وأبى على الطبرى على ما حكاه أبو الطيب عنهما، وبه جزم البندنيجى فيما نقل عنه، وهو الذى نص عليه

الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الإملاء أنه قال فيه: إذا كان فى حائط برنى وعجوة وصيحانى فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع.

وأما قوله فى الصرف: فإن كان نخلا وعنبا أو غيره، وبدا صلاح صنف منه، فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بحاله، فلا ينافيه، فإن معنى هذا أن يفرده بالبيع، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة.

وهذا النص المنقول عن الإملاء صريح لا يقبل التأويل، لكن القاضى أبا الطيب قال: إن الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع، ونص الشافعى عليه فى البويطى: أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع الآخر؛ لأنه قد نص أن الصلاح إذا بدا فى الثمرة الصيفية فإنه لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية، فكذلك فى النوعين مثله سواء.

**قلت**: ولا حجة فى هذا؛ لأن الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبا، نعم إن فرض نوعان :

**أحدهما** شتوى والآخر صيفى، فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب، فإنا إنما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة، ولا شك أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه، وكلام الشافعى الذى قاله قال: وصلاح الثمرة إذا احمرت أو اصفرت فى الحائط نخلة واحدة، فقد جاز بيعه وإن كان بعضه شتويا وبعضه صيفيا، فلا يجوز إلا أن يبيع كل واحد منهما على حباله، وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد، وأما حمله على الجنسين فبعيد، وإذا كان فى الجنس الواحد، فلا وجه حينئذ بأن يقال: بأن بعض الأنواع تابع لبعض، وإن كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا، لمخالفة نص الشافعى، فإما أن يقال: إن ذلك شاهد؛ لأن اختلاف النوع يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب، وإما أن يقال: إنه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب إدراكها فيحكم فيها بالتبعية، وبين ما يتأخر فلا يحكم، بل لا ينظر إلى اختلاف الأنواع، بل إلى تفاوت الزمان، حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا، منه ما يكون فى الصيف، ومنه ما يكون فى الشتاء، لا يجعل أحدهما تابعا للآخر فى الصلاح، فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور، والمعنى والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه، فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وإن اختلف الزمان

مخالف لنص الشافعى فى البويطى، وإلحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك فى التأبير، والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه المنقول عن الإملاء.

وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا، وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى، ويمكن أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والشتوى على الجنسين إن لم يكن فيه ما يدفعه، قال ابن أبى عصرون: وإذا كان فى البستان جنسان يتباعد إدراكهما كالصيفى والشتوى، وبدا صلاح الصيفى، لا يتبعه الشتوى، والله - تعالى - أعلم.

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الأنواع دون بعض: أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر، واختار أن النوع الذى لم يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه فى المسألتين، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى، وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما، فلذلك لا تناقض بين كلاميه، وقال القاضى أبو الطيب: إنه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح استدلوا: بأن هذه الأنواع تضم إلى ما بدا صلاحه فى الزكاة، فمتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان ونصف، وجبت الزكاة.

قال: وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعى - رضى الله عنه - من الثمرة الشتوية مع الصيفية، فإنها لا تتبعها فى بدو الصلاح، وإن كانت تضم إليها فى الزكاة، فإطلاق كلام المصنف - رحمه الله تعالى - يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أو لا، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا، وقد علمت ما فيه، والله أعلم.

وقول المصنف: ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا، وأن الليث بن سعد خالف فيه، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود، وهو خلاف الحديث الصحيح.

**الصورة الثانية**: أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح فى جنس فى بستان، وله بستان آخر، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح، فباعهما صفقة واحدة، فالمشهور من المذهب: أنه لا يصح، وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر، وادعى القاضى أبو الطيب: أنه لا خلاف فيه، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين، ومال الإمام إلى خلاف ما قالوه، سيما إذا لم يتباعد، وليس بينهما إلا جدار، ولأجل ذلك أثبت الغزالى فى المسألة وجهين أخذا من تفقه الإمام، وتبعه الرافعى، وظاهر نص الشافعى يشهد لما قاله العراقيون، فإنه قال فى الأم: والحوائط

تختلف بتهامة ونجد والسقيف، فيستأخر إبار كل بلد بقدر حرها وبردها، وما قدر الله من إبانها، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع، وإن أبر غيره؛ لأن حكمه به لا بغيره، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه، وإن بدا صلاح غيره، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا إذا كان فى حظار واحدة وبقعة واحدة فى غير حظار فبدا صلاح واحدة منه، حل بيعه ولو كان إلى جنبه حائط آخر له أو لغيره، فبدا صلاح حائط غيره الذى هو إلى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذى إلى جنبه.

هذا كلام الشافعى - رضى الله عنه - وهو صريح بعدم التبعية إذا اختلف البستان والملك، وظاهر فى عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده، وإن كان قد اقتصر على قوله: حائط غيره، ففى كلامه المذكور مواضع ترشد إلى اطراد الحكم فى حائطه الآخر، والله أعلم.

فإذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع فى الذى لم يبد صلاحه، فإن باعها على الإطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه، وفى الذى بدا صلاحه قولا تفريق الصفقة، قاله الماوردى، فأما إذا أفرد البستان الذى لم يبد صلاحه بالبيع، وقد بدا الصلاح فى الذى إلى جانبه فقد تقدم: أن كلام الرافعى - رحمه الله - يقتضى جريان خلاف فيه، ولم أقف عليه لغيره، وصرح جماعة بالجزم بخلافه.

وقال الإمام: إنه رأى الطرق متفقة على خلافه، وأن ذلك يشير إلى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان.

**الصورة الثالثة**: أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقى، كما إذا بدا الصلاح فى نوع من ذلك النوع فى ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع، ففيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين، وبعضهم يقول: قولان:

**أحدهما**: يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف.

**والثانى**: وهو الصحيح عند القاضى أبى الطيب وابن أبى عصرون والرافعى: أنه لا يصح، ورتب القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما إذا جمع النوعين صفقة واحدة، وإن قلنا هناك لا يستتبع فههنا أولى، وإلا ففيه وجهان.

**فرع**: قال: بعتك هذا بكذا، وهذا بكذا، فالظاهر: أن الحكم كذلك نظرا لتفصيل الثمن، وجوز ابن الرفعة: أن يأتى فيه وجه بالجزم بالصحة، كما هو وجه - أيضا - فيما إذا قال: بعتك هذا بدرهم، وأجرتك هذا بآخر، فقال المخاطب: قبلتهما نظرا

إلى الجمع فى القبول.

**الصورة الرابعة**: أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان، قيل: يجوز لمن لم يبد الصلاح فى ملكه لأجل اتحاد البستان، فإن طباعه واحدة، وقد بدا الصلاح فى ذلك النوع فى الجملة، أو لا يجوز نظرا إليه فى نفسه، فيه وجهان، وقد علمت فى الصورة الثالثة: أن الصحيح عدم الصحة لأجل إفراد ما لم يبد صلاحه بالمبيع، والمالك الواحد، فههنا أولى بعدم الصحة قال الرافعى - رحمه الله تعالى - : وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك: أن يكونا فى التأبير كذلك، وإن لم يجر لهما ذكر، والظاهر: أنه لا يعتبر فى الموضعين اتحاد الملك.

**الصورة الخامسة**: أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقى، فمقتضى كلام الرافعى: إثبات خلاف فى ذلك، ولم أره لغيره، وكيفما كان، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى.

**الصورة السادسة**: أن يختلف البستان والنوع والصفقة، فيفرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين، اعتمادا على بدو الصلاح فى النوع الآخر، من البستان الآخر الذى لم يبلغه، فمقتضى كلام الرافعى إثبات خلاف فيه أيضا، ولم أره، وهو فى غاية البعد وقال الإمام: إنه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال: الوقت وقت بدو الصلاح، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية، هذا لا قائل به، وكأنه أوجب للرافعى، ذلك إجمال الكلام وعدم إفراد كل صورة بالذكر، والله أعلم.

**الصورة السابعة**: أن يختلف البستان وتتعدد الصفقة مع اتحاد البواقى، وقد تقدم ذكرها فى آخر الصورة الثانية، فهذه سبع صور، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعا.

واعلم أن الصور الممكنة من الاختلاف فى ذلك ست عشرة: هذه التسع المذكورة، وسبع أخرى، وهى العاشرة :

**الأولى**: أن يتحد الجميع.

**الثانية**: أن يختلف الجنس.

**الثالثة**: أن يختلف النوع.

**الرابعة**: أن يختلف البستان.

**الخامسة**: أن تختلف الصفقة.

**السادسة**: أن يختلف الملك.

**السابعة**: أن يختلف النوع والبستان، وهذه السبع تقدمت.

**الثامنة**: أن يختلف النوع والصفقة، فيبيع صاحب البستان نوعا لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر عنده، وقد تقدم: أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية، فههنا أولى، ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف إذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد وإطلاقهم يقتضى ذلك؛ لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه حكم المؤبر، وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط، وقد تقدم فى التأبير بحث فى إثبات الخلاف فينظر هناك.

**التاسعة**: أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة، كما إذا باع عن نفسه نوعا، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما، ولم يبد صلاح الآخر، وقلنا: إن الصفقة لا تتعدد، وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح، فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على أن الصفقة واحدة أو لا، اعتمادا على تعدد الملك؟ لم أر فيه نقلا.

**العاشرة**: أن يختلف البستان والصفقة، فيفرد الشخص من بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك النوع من بستان له آخر، وقد تقدم.

**الحادية عشرة**: أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن نفسه نوعا من بستانه وعن موكله فى ذلك النوع من بستان آخر، وقد بدا الصلاح فى أحدهما دون الآخر، وفرعنا على صحة مثل هذا البيع، فلم أر فى ذلك نقلا.

**الثانية عشرة**: أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ملك غيره من ذلك النوع فى ذلك البستان، ولم أر فيه نقلا.

**الثالثة عشرة**: أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة، فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر من بستان غيره، فإن صح ما تقدم عن الرافعى فى إفراد أحد البستانين، فلا يبعد أن يأتى فى هذه الصورة - أيضا - خلاف والصحيح: المنع.

**الرابعة عشرة**: أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر من ملك غيره فى ذلك البستان، ولا يبعد مجىء خلاف فيه والصحيح المنع.

**الخامسة عشرة**: أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة.

**السادسة عشرة**: أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة، ولم أر فيهما نقلا، ولا

يخفى تخريجهما على ما تقدم، والله أعلم.

والمذهب فى جميع هذه الصور: عدم التبعية إلا فيما إذا اتحد الجميع، فيصح بلا خلاف، أو اختلف النوع فقط، وفى التصحيح خلاف كما تقدم، وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه، إما جزما أو على المذهب، والله أعلم.

**فائدة:** النظر فى هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة؟ أو لعسر التمييز؟ كلام الجمهور يقتضى الأول، ولا فرق فى جميع ما ذكرناه بين الثمار والزروع، وإن كان كثير من الأصحاب إذا تكلموا إنما يذكرون البستان والثمار، فليس إلا على جهة ذكر بعض أفراد المسألة، وممن صرح بذلك صاحب التتمة، قال: إنه إذا اشتد بعض السنابل كان كالثمار إذا بدا الصلاح فى بعضها، لكنه فرض ذلك فيما إذا تسنبل جميع الحب، والظاهر: أن ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط، فإنه لو تسنبل بعض الحب واشتد، وبعضه إلى الآن بقل، فقياس المذهب أن يبيع، ويحتمل أن يقال: يجرى فيه الخلاف فيما إذا اطلع بعد البيع، هل يبيع المؤبر حالة البيع، ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والإدراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التى زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز، ويدخل فى العقد كل ما هو موجود من ثمره ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار، قاله صاحب التتمة.

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق فى الأرض لاستتاره وجهالته، ويخالف الغائب؛ لأنه لا يمكن الاطلاع عليه إلا بالقلع، وذلك عيب فيه، قاله فى التتمة وغيرها، وقد تقدم ويصح بيع [القُنَّبِيط][1] فى الأرض بشرط القطع، إن لم يكن بلغ الحد الذى يقصد تناوله فيه، وإن بلغه فيجوز مطلقا، وبشرط التبقية، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان؛ لأن ما هو المقصود منه ظاهر، وإنما المستتر بالأرض عروقه وهى غير مقصودة، قاله فى التتمة.

والسلجم إن كان المعظم منه ظاهرا فكالقنبيط، وإن كان فى الأرض فكالفجل والسلق، قاله فى التتمة أيضا.

فرع: إذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان، وما أشبه ذلك منفردا عن الأصل نظرت: فإن كان قبل بدو الصلاح فيها - لم يجز إلا بشرط

---

(١) القُنَّبِيط: بقلة زراعية من الفصيلة الصليبية، تطبخ وتؤكل، وتسمى فى مصر والشام: القرنبيط. ينظر: المعجم الوسيط (قنبط).

القطع، وإن كان بعد بدو الصلاح فى بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس فى ذلك القداح من غير شرط القطع؛ لأنه فى معنى ثمرة الشجرة، فكان حكمه فى ذلك حكمها، قاله فى الاستقصاء.

فرع: ولا يجوز فى شىء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة، أو الورد، وما يظهر بعد ذلك فى سنته، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال مالك: يجوز.

فرع: لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح فى شىء، وقول الغزالى: اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف، محمول على ذلك، وكذلك المراد فى إقامة وقت التأبير مقام التأبير، ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت: أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته، ولا قائل به، وإنما أطلق الغزالى هذه العبارة؛ لأن العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد فى بعض، والله أعلم.

فرع: إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح فى أحدهما قال العبدرى: فإنه لا يكون صلاحا فى الآخر.

ويصح إفراد هذا البيع دون الآخر؛ لا يختلف المذهب فيه، هذا قول العبدرى فى الكفاية، وذكر ذلك بيانا لحكم مثله فى النخل، فإن كان عنده أن النخل - أيضا - لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم، وإن كان هذا فى الزرع بخصوصه فيحتاج إلى فرق، والله أعلم.

فرع: وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب: أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير، ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه.

ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير فى الجملة، أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا، فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك فى بدو الصلاح، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «إذا ابتاع زرعا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ؛ لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاذ، فلم يكلف نقله قبله، كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل: إنه لا يكلف نقله إلا بالنهار، فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقى لزم البائع ذلك؛ لأنه يجب عليه تسليمها فى حال الجذاذ والحصاد، وذلك لا يحصل إلا بالسقى فلزمه».**

**الشرح**: اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية إلى أوان الحصاد فى الزروع، والجذاذ فى الثمرة، والمخالف فى هذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه؛ لأنه يقول: بيع الثمرة مطلقا ينزل على القطع، ويجب قطعها فى الحال، وقد تقدم الكلام معه قريبا، فأغنى عن إعادته وبينا - أيضا - فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة، ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا: أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع، وأجاب أصحابنا: بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف - رحمه الله تعالى -: من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله إلا فى النهار، وأما السقى فجمهور جماعات الأصحاب أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات.

وقال القاضى حسين: فيه وجهان:

**أحدهما**: على المشترى لأن الثمرة له.

**والثانى**: على البائع لأنه متصل بملكه، قال: ويمكن أن يقال: فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم، إن قلنا: يتلف من ضمان المشترى فالسقى عليه، وإن قلنا: من ضمان البائع فالسقى عليه.

**قلت**: وكذلك الشاشى فى الحلية حكى الوجهين فى وجوب السقى على البائع، وجعل أصلهما القولين فى وضع الجوائح، لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشترى والمذهب: أن السقى على البائع، وهو من جملة ما يستدل به للقديم، كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى أن يكون ذلك إذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية.

أما إذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا، ويؤيد ذلك: أنهم فى وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال، فيما إذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشترى، قالوا: إذ لا يجب السقى عن البائع هنا، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع، وطريقة وهى الأظهر عند الرافعى أنها على القولين، فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضا، وهو بعيد؛ لأنه لم يلتزم له الإبقاء، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى، ويتعين القطع بهذا؛ لأنه له

المطالبة بالقطع، فكيف نوجب عليه السقى؟ إلا أن يقال: إنه يجب عليه السقى فى مدة طلب القطع إذا خيف من تركه الفساد؛ لأنه من تتمة التسليم، وهذا بعيد - أيضا - كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه لا يجب على البائع فى مدة طلبه بالتسليم القيام به، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه فى مسألة وضع الجوائح.

**فرع**: إلى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى؟ يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والإمام وغيرهما ما سنحكيه فى مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه:

**أصحها**: أنه إلى أوان الجذاذ.

**والثانى**: يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشترى فيه إلى توان بترك الثمار على الأشجار.

**والثالث**: بنفس الجذاذ، وهذا لم يصرحوا به فى السقى، ولم يذكره الإمام، وإنما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح، وسيأتى ذلك مبينا هناك.

**فرع**: لو شرط السقى على المشترى بطل البيع؛ لأن السقى مجهول، نص عليه الشافعى والأصحاب، وعلله بعضهم بأن السقى مجهول، وعن القاضى أبى حامد: أنه ولو كان معلوما أبطلناه - أيضا - من قبل أنه بيع وإجارة فى أولى قوليه.

**قلت**: وهذه علة الشافعى - رحمه الله تعالى، قال الخوارزمى: والجذاذ على المشترى على الأصح.

**قلت**: وما أشار إليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح، هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ، (إن قلنا): بالأول فعلى المشترى وإن قلنا: بالثانى فعلى البائع؛ لأنها لا تصير مسلمة إلا به.

**فرع**: قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة: إذا اشترى ثمرة على رءوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها إلى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى، فإن ضر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها، وإن لم يكن على الأشجار ضرر فى التبقية ولا للثمار نفع فى التبقية، ولا ضرر على الثمار بالقطع، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشترى بقطعها، فهل يجبر على القطع؟ فعلى قولين ينبنيان على ما إذا أسلم فى شىء إلى أجل معلوم، فجاء به قبل المحل، وليس فى قبضه مزية، فهل يجبر على قبوله؟ فعلى قولين:

فإن قلنا: لا يجبر على القبول فلا يجبر المشترى على قطع الثمرة هنا، وإلا فيجبر.

وهذا محمول على ما إذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ، وعلى ما إذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء، أما إذا توقع النفع فلا يجبر المشترى على القطع، ومن هنا - أيضا - نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشترى، وأن ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما إذا كان الانقطاع يحصل به ضرر، وقد تقدم من كلام الإمام فيما إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع.

**فرع:** قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة فى تبقيتها، هل للبائع تبقيتها؟.

**فرع:** باع الجمد فى المجمد، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح، ويسلم بحسب الإمكان، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة، قال القاضى حسين: والصحيح: الأول، وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين.

وقال الخوارزمى: الأصح عندى أنه لا يجب تفريغها فى الحال، بل على مر الأيام عادة تفريغ الجامد، فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف، قال القاضى: وكذلك من اشترى حمل حطب، فإنه يجب تسليمه فى موضع البيع، ولا يلزمه حمله إلى بيته، وإن كانت العادة قد تقضى بذلك.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذها حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان:**

**أحدهما: ينفسخ البيع، وهو الصحيح؛ لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد؛ فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله، فإن رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشترى قبوله، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع.**

**والثانى: لا ينفسخ؛ لأن المبيع باق، وإنما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن، أو شجرة فكبرت، فإن قلنا: لا ينفسخ، قلنا للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد».**

**الشرح**: هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار، وألحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره، وذلك على مراتب:

**المرتبة الأولى**: وعليها اقتصرت فى هذه القطعة من كلام المصنف: أن تكون الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها، وذلك إما فيما يحمل حملين، وإما فيما يحمل حملا واحدا وكأن قد اشترى ما ظهر منها، إما بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع ولم يتفق القطع - ثم حدثت ثمرة أخرى فإن الثمرة الحادثة لصاحب الأصل، فإذا كان ذلك قبل أن يلقط المشترى ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة، فإن كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما، فإن للمشترى المتقدمة وللبائع الحادثة.

نص عليه الشافعي والأصحاب - رضى الله عنهم - من العراقيين والخراسانيين.

وإن لم تتميز، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى، وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه ذلك، ففيه قولان اتفقت الطرق على حكايتهما:

**أحدهما**: ينفسخ البيع، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه، وأما التسليم فى ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه، ولو سمح به لا يجبر المشترى على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه، وعين أخرى.

وإذا ثبت أن المشترى لا يجبر المبتاع على القبض نقول: البيع باطل، وهذا القول منقول عن نصه فى الأم والإملاء على مسائل مالك - رحمه الله - فلو قال البائع: إنما أسمح بحقى فلا أثر لذلك على هذا القول، .

**والقول الثانى**: نقله الربيع وهو اختيار المزنى: أنه لا ينفسخ، وقال الغزالى والرافعى فى المحرر: إنه الأظهر، وكذلك الجرجانى، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب، فإذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشترى، قال هؤلاء: والتسليم غير متعذر، فإنه يقبضه أكمل ما كان، كما لو أسلم فى طعام جيد فأعطى أجود مما ذكروه، وأردأ منه، ومع ذلك يجب على المسلم قبوله، وإنما لا يجب التسليم فى العين المضمومة إلى المبيع إذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد.

وقد قال المصنف - رحمه الله -: إن الصحيح الأول، وكذلك قال القاضى أبو الطيب والشاشى وابن أبى عصرون، وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث: أن

العقد لا ينفسخ ولا خيار، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده، واستبعده الإمام، وحكاه الجورى عن أبى سلمة المروزى، وحكى الرويانى طريقة أنه فى مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولا واحدا؛ لأن الشافعى جعلها دليل أحد القولين فى اختلاط الثمار، قال: وهذا أوضح.

واعلم: أن ما ذكره فى تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم لم يوجد، ومن المعلوم أن القبض فى الثمار بالتخلية، لكن وإن قلنا: قبضها بالتخلية، فليس ذلك بقبض تام، فإن البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ، وشبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النعل فيما إذا اشترى دابة ونعلها، ثم اطلع على عيب، قال الإمام: ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف، وهذه التى نحن فيها أولى بالخلاف من تلك، فإن إلزام المشترى بطوق منة البائع فيه بعد، وفى هبة المجهول غوائل، فالمسألة إذن مختلف فيها، فإن أجبرنا المشترى سقط خياره وإلا فهو على تخيره.

وقد حكى الرويانى فيما إذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعة، وسلم البائع الكل إلى المشترى وجهين، فى إجبار المشترى على القبول، وفيه تصريح بمساعدة الإمام، لكنه لم يحك خلافا فى مسألة الثمرة.

ومع حكايته الوجهين فى الإجبار فى مسألة الحنطة قال: إنه لا خيار للمشترى، وهذا كلام متيح.

والصواب: أنا إذا لم نجبر المشترى على القبول فخياره باق، وإنه لا فرق فى ذلك بين الثمار والحنطة، وقد صرح الإمام فى باب الخراج بالضمان بالوجهين فى الإجبار فى هبة الضمان.

وقال: إن الأقيس عدم الإجبار على القبول.

وحكى الرافعى - رحمه الله تعالى - الوجهين هنا، وقال: إن الأصح سقوط خيار المشترى كما فى مسألة النعل، وقول المصنف فى الثمرة: فلم يأخذ، وفى الحنطة: فلم يقبض، له معنى أنبه عليه عن قرب، وقوله: حتى انثالت عليها حنطة أخرى هو بإطلاقه شامل لما إذا كانا معلومى القدر أو لا، لكن صورة المسألة فيما إذا لم يكونا معلومى القدر على ما سيأتى التنبيه عليه فى فرع عن الماوردى.

وقول المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن قلنا: لا ينفسخ، قلنا للبائع: إن

سمحت بحقك أقر العقد، وأجبرنا المشترى على القبول.

كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما، وقد تقدم عن الإمام ما فيه.

وقوله: وإن لم يسمح البائع فسخ العقد، أى يفسخه الحاكم بينهما، كذلك صرح به الأصحاب، منهم الماوردى، والقاضى أبو الطيب، ولا يقال للمشترى ههنا: أنكر تسليم المبيع والثمن جميعا إلى البائع، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض، وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول، وفى تعليق القاضى حسين: أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى.

وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب.

**فرع**: لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى، فالبيع صحيح، وهما مالان اختلطا، فإن اصطلحا على شىء كان القول قول من الشىء فى يده فى قدر ما لصاحبه، قال أبو إسحاق وصورته: أن يكون المشترى ترك الطعام وديعة عنده فاختلط، وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان، سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله.

وقال المزنى - رحمه الله تعالى -: إنما القولان فى المسألتين قبل القبض، فإن كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولا واحدا، وغلطه الشيخ أبو حامد، وفرق هو والأصحاب: بأن الطعام إذا قبض استقر العقد والثمرة إن قلنا بالقول الجديد: إنها من ضمانه، فإن كمال القبض فيها على البائع، بدليل أن عليه السقى، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشترى الخيار.

**قلت**: ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة: فلم يأخذ، وفى الحنطة: فلم يقبض، فلم يأت فى الثمرة بلفظ القبض، بل بلفظ الأخذ، والمراد به أخذها من على الشجرة، وأما القبض فمتقدم على ذلك، وإن اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو فى الجرين، أو غيره لم ينفسخ قولا واحدا، وإنما القولان بعد التخلية؛ لأن القبض لم يستقر، ألا ترى أن الثمرة إذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشترى ردها بالعيب، قاله القاضى أبو الطيب وغيره، وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور: أنه يجب على البائع السقى، وقد حكى القاضى حسين - رحمه الله - فيه وجهين، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع، أو من ضمان المشترى، وهو غريب فى

النقل.

ومثله فى الغرابة ما ارتضاه الإمام والغزالى: من أن الاختلاط فى الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح، فإن قلنا: توضع كما كان قبل القبض، وإلا فيتفاصلان بالخصومة أو الإصلاح، فعلى ذلك لا يأتى على الجديد إلا أن البيع صحيح قولا واحدا كما ذهب إليه المزنى، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون، فقد تلخص فى اختلاط الثمار أنه إن كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق، وقياس الطريقة التى قالها الرويانى فى الحنطة أن يقال هنا: إنه يبطل قولا واحدا، وإن كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعا، وإن كان بعد التخلية وقبل الأخذ، فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية، واختار المزنى والإمام والغزالى على الجديد: أنه كما بعد الجذاذ، فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهى الصحيحة، وممن اختارها القاضى حسين من الخراسانيين وقد أغرب المتولى فحكى فى كتاب الرهن: أنه لا فرق فى جريان القولين فى مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده، وهذا ضعيف جدا، ويلزمه طرد ذلك فى الثمار بعد الجذاذ.

**فرع**: لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها إليه جزافا ثم اختلطت بحنطة للبائع، قال القاضى حسين: يخرج على القولين.

**فائدة**: إذا انتهى الأمر إلى الخصومة وقبول قول ذى اليد، قال الإمام: سبيله فى الخصومة ألا يتعرض للبيع، فإنه إذا ادعى بيعا فى الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع إلى اختلاف المتبايعين فى قدر المبيع.

**فرع**: اليد فى الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشترى أو لهما؟ ثلاثة أوجه نقلها الإمام، قال ابن أبى الدم: ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار فى يد واحد فالقول قوله، وإن قلنا: إنها فى يدهما فلم يذكر الإمام ولا الغزالى ما يقتضيه هذا الوجه، ومقتضاه: أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين، ولكل منهما تحليف صاحبه، وفى كيفيته وجهان كالوجهين فى عين فى يد رجلين كل منهما يدعى جميعها:

**أحدهما**: يحلف على استحقاقه النصف الذى يسلم إليه.

**والثانى**: على استحقاقه الكل، والأول أصح.

وهذه المسألة مذكورة فى الدعاوى.

**فرع**: قد تقدم حكاية الخلاف فى الصحيح فى هذه المسألة، وأن الغزالى

والرافعى قالا: إن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر؛ لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التى يغلب تلاحقها أن البيع لا يصح، فإن كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم، بل هو عيب، فينبغى أن لا يبطل فى صورة العلم بطريانه، وإن كان مانعا من التسليم فينبغى إذا طرأ قبل القبض أن ينفسخ العقد كتلف المبيع.

**فرع:** قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف، وهكذا هو فى مختصر المزنى، وقال: إن البائع بالخيار، والغزالى والرافعى لم يذكرا ذلك، وإنما قالا: إنه يثبت للمشترى الخيار، قال الرافعى: فإن قال البائع: أسمح ففى سقوط خيار المشترى وجهان، والمفهوم من إثبات الخيار للمشترى: أنه إذا لم يسمح البائع، فالمشترى يفسخ، وقد قدمت عن أبى الطيب وغيره: أن الفاسخ هو الحاكم، وأيضا قياس قول الرافعى: إن ذلك من باب العيوب، فيكون على الفور إلا أن يسقطه البائع بترك حقه، فلو لم يفعل وأخر المشترى الفسخ سقط حقه، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب.

**فائدة:** قال الإمام: ولو اعترفا والاختلاط بعد القبض بالالتباس، ورضيا بألا يفسخ العقد، رجع الكلام إلى الوقف والاصطلاح، فقوله: ورضيا بألا يفسخ العقد لا حاجة إليه؛ لأنه إن كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ، وإن كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك، وإنما يأتى هذا الكلام عند الأصحاب على أحد القولين بعد التخلية إذا قلنا بعدم الانفساخ، فحينئذ إذا رضيا بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر إلى الاصطلاح كما بعد القبض.

**فرع:** هكذا الحكم فى بيع الباذنجان فى شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع، ولو كان البعض صغارا والبعض كبارا فإنه يترك حتى يتلاحق، فإن كان الكل صغارا لم يجز إلا بشرط القطع، فلو باع فى الحالتين ثم ظهر شىء آخر واختلط بالمبيع جرى القولان، وكذلك الخربز وهو البطيخ، وهكذا القثاء والخيار، وكل ما له حمل بعد حمل، على ما ذكره المزنى والأصحاب، فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتى فى الفصل الذى بعد هذا.

**فرع:** فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض، وكان أحدهما معلوم القدر، وذلك بأحد ثلاثة أوجه:

أما أن يكون كل منهما معلوم الكيل.

وأما أن يكون المبيع منهما معلوما، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع.

وأما أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع، فإذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر، وتميز القدر يمنع من الجهل، وهو أقوى المقصودين، فصح البيع، واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجزاء، فصار عيبا يوجب الخيار، فوجب: أن يكون البيع جائزا، وللمشترى الخيار، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين.

وإن كان الطعامان متماثلى القيمة تقاسماه كيلا، وإن كان مختلف القيمة بيع، وكانا شريكين فى ثمنه على قدر قيمة الطعامين إلا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا، على الحصص دون القيمة فيجوز.

ذكر هذا الفرع بكماله الماوردى، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف فى الانفساخ، إنما يكون عند الجهل بالمقدار، ولذلك قيدت كلام المصنف، فإنه مطلق - والله أعلم - وكذلك كلام كثير من المصنفين، وأما الثمار فلا تكون إلا مجهولة المقدار، والله أعلم.

فرع: قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا ينفسخ العقد، والعقد صحيح بحاله، وكذلك الثمرة إذا كان بعد الجذاذ، فإن كان قدر الطعام أو الثمرة معلوما بأحد الأوجه التى مضت تقاسماه على ما تقدم، وإن كان قدر الطعام مجهولا والفرض: أنه بعد القبض فلا ينفسخ العقد، وإن تراضيا على شىء، واتفقا عليه جاز، واقتسماه على ذلك.

وإن اختلفا فإن كانت صبرة المشترى قد انثالت على صبرة البائع، فالقول قول البائع فى قدر ما له مع يمينه؛ لأن اليد له، وإن كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشترى، فالقول قول المشترى فى قدر ما له من مال البائع مع يمينه، وقال المزنى: القول قول البائع؛ لأن يده قد كانت على الطعامين معا، وكان أعرف بقدرهما من المشترى المستحدث اليد.

قال الماوردى: وهذا خطأ؛ لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق.

**قلت**: والصواب ما قاله الماوردى وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا، وليس من لازم التصوير الذى أطلقه المزنى أن تكون اليد للبائع، فقد تكون صبرته فى يد غيره، والله أعلم.

**فرع**: لو صدر الخلط من البائع أو المشترى عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم.

**فرع**: قال القاضى حسين: إن القولين فى الانفساخ فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض، لا خلاف أنه ينفسخ العقد ولأى معنى ينفسخ؟ فيه معنيان.

**أحدهما**: لتعذر التسليم.

**والثانى**: لوقوع اليأس عن التسليم، إن قلنا بالأول انفسخ العقد ههنا وإلا فلا؛ لأنه يمكنه تسليم الكل، قال: ويخرج على هذين المعنيين مسائل:

منها إذا باع درة ووقعت قبل القبض فى لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين، وإن وقعت فى واد، إن قلنا بالأول انفسخ وإلا فلا.

ومنها لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع، إن قلنا بالأول انفسخ وإلا فلا.

ومنها إذا باع عبدا فأبق قبل القبض، عامة أصحابنا على أن البيع لا ينفسخ، وقال أبو يعقوب الأبيوردى: كل ينفسخ، قال القاضى: ويمكن تخريجه على المعنيين، وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض.

**قلت**: وفى مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه، فإنه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر، وميئوس منه، وإن أريد تسليمه فى الجملة فليس بمتعذر ولا ميئوس منه.

وأما مسألة العصفور فقد قال الرويانى فى البحر: إنه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب: أنه يبطل البيع.

قال: وتفارق الحنطة؛ لأن هناك الإشاعة لم تمنع البيع، وههنا الاشتباه مانع من العقد.

وقيل: لا يبطل؛ لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان، قال: وهذا لا يصح؛ لأن الشرط فى القبض أن يتسلط

به على المقبوض، ويتمكن من التصرف، وهذا لا يوجد بقبض الجملة.

**قلت**: قوله: المذهب أنه يبطل البيع، إن أراد الترجيح فى الجملة، فالحنطة والثمرة كذلك، وإن أراد أنه يبطل قطعا بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الإشاعة والاشتباه، فقد يقال: إن ذلك لا يستقيم؛ لأن الخلط ههنا لو اقتضى الإشاعة كما يقوله فى باب الفلس وغيره، لكان المذهب هنا: أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط؛ لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركا، وأيضا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالأجود، كما هو مفصل هناك، لكن المذهب ههنا: أنه ينفسخ العقد، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط إنما يقتضى الإشاعة إذا كان بعد القبض، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالإشاعة.

وما ذكره الرويانى يوافق وجها فى الفلس: أن البائع لا يرجع فى المبيع إذا خلط مطلقا، وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك: خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه، ولو كان قول الإشاعة ملاحظا فى مسألة اختلاط الثمرة والحنطة، لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشترى، ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم، وإنما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير، نعم معنى الإشاعة يجب أن يلاحظ إذا كان الاختلاط بعد القبض فى الحنطة وبعد الجذاذ فى الثمرة، وكذلك على القول الذى حكاه الإمام عن صاحب التقريب، وإن كان لم يتعرض للإشاعة.

ولا ينافى ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة؛ لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذى لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردى فيما إذا كان المقدار معلوما، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور فى غير ذلك من الأبواب، وفى المثليات بحكم الإشاعة على ما سنذكره - إن شاء الله تعالى - فى باب الفلس والغصب، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشترى واختلطت ولم تتميز، ففيه طريقان، قال أبو على بن خيران وأبو على الطبرى: لا ينفسخ العقد قولا واحدا، بل يقال: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد؛ لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره، وإنما اختلط ما عليها من الثمرة، والثمرة غير مبيعة، فلم ينفسخ البيع كما لو**

**اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشترى، فاختلط أحد الطعامين بالآخر، فإن البيع لا ينفسخ فى الدار.**

**وقال المزنى: وأكثر أصحابنا: إنها على قولين كالمسألة قبلها؛ لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع، وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان.**

**أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد؛ لأنه لم يختلط المبيع بغيره، وإنما زاد المبيع فى نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزيلا فسمن.**

**الثانى: وهو الصحيح: أنه على قولين:**

**أحدهما: لا ينفسخ البيع.**

**والثانى: ينفسخ ويخالف السمن والكبر فى العبد، فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر، ولهذه الزيادة حكم، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما.**

**الشرح:** فيه مسألتان هما من بقية المراتب التى تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط:

**إحداهما:** وهى المرتبة الثانية: إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة، وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة فى البيع من الثمرة حمل، إذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما فى معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل المشترى واختلطت ولم تتميز، وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين، أما ما يحمل مرة فى العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شىء مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع، إذا عرف ذلك قال الأصحاب: فإن كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع، والحمل الحادث للمشترى؛ لأنه حدث فى ملكه وإن لم يتميز فقد نقل المزنى عن الشافعى قولين، كما تقدم فى المرتبة الأولى، واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين كما ذكره المصنف - رحمه الله تعالى.

**إحداهما** - طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى فى الإفصاح -: القطع بعدم الانفساخ، ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران: أن هذه المسألة لا تعرف للشافعى - رحمه الله تعالى - ولا نص عليها، ولا تجىء على مذهبه أيضا، بل البيع صحيح

بكل حال، قال: وقد نكت ابن خيران وما قصر، وهذا الكلام من الشيخ أبى حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران، وكذلك الماوردى قال: إن ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا، وإن كان نقل المزنى صحيحا، قال: والإذعان للحق أولى من نصرة ما سواه.

وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى: إنهما قالا: إن الذى فى مختصر المزنى نقله فى الأم فوقع الغلط فى النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس فى المبيع، فصار كما لو اشترى رجل ثمرا وتجددت ثمار فى يد البائع وتعييت الثمار والمبيع فى يد البائع فلا خيار بعيب الثمار، قال الإمام: وهذا القياس الذى لا يسوغ غيره، وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمى فى الكافى.

الطريقة الثانية: وبها قال المزنى وأبو إسحاق المروزى، ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا أنها على القولين، قال هؤلاء: ونحن وإن لم نعلم نصه عليها، فإن المزنى ثقة فيما نقله عنه، وفى المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين.

**أحدهما**: أن فيها يقال للمبتاع أتسمح؟ فإن سمح وإلا قيل للبائع: أتسمح؟ فلولا أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما: أتسمح؟.

**والثانى**: أنه قال: تكون الخارجة للبائع، والحادثة للمشترى، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر، ثم المعنى يدل على ذلك، فإن المعقود عليه وإن كان هو الشجر، فإن المقصود منها الثمرة، فإذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره، قال الشيخ أبو حامد: وهذا قريب، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة، فلا معنى لقول هذا القائل: إن فيها ما لا يحتمل التأويل.

**قلت**: المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل، وأما إسقاط ابن خيران فيجاب عنه: بأن المزنى ثقة، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق إلا أن تقول: إن المزنى أخطأ فيها، وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى، فإنه ينفى الجزم بخطئها، واعلم: أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم واطلاعهم بين منكر لما نقله المزنى ومقلد له فيه، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم، فإنه قال فى آخر باب

ثمر الحائط: يباع أصله، وما أثمر فى السنة مرارا فبيع، وفيه ثمرة فهى للبائع وحدها، فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشترى الأصل، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع، وهو فى شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع، وكان للمشترى ما حدث.

فإن اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان:

**أحدهما**: لا يجوز البيع فيه إلا بأن يسلم البائع للمشترى الثمرة كلها، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشترى له هذه الثمرة، فيكون قد ترك له حقه.

**والقول الثانى**: أنه يفسد البيع من قبل أنه وإن وقع صحيحا فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذى وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه، وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة، فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصان، فإنه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه، فيشترط فيها القطع على نص، فيصح أن يقال: إن المبيع قد اختلط بغيره، وهذا تكلف بعيد، وقد أحسن المحاملى فاعترف: بأن الشافعى - رحمه الله تعالى نص على القولين فى الأم، ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا، وذكر الإمام عن القائلين بهذه الطريقة: أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة فى يد البائع، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار، وعلى البائع فى الجملة تخلية المبيع للمشترى، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة فى الأرض، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة.

وفى البحر: أن ابن خيران تأول ما نقله المزنى على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع، ثم اشترى المشترى ثانيا الثمرة، ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها، وهنا يختلط المبيع بغير المبيع، فهى مسألة القولين.

وغلطه فى هذا التأويل: بأن هنا وإن اختلط المبيع بغير المبيع إلا أن كله للمشترى، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر فى البيع أصلا، والله أعلم.

**فائدة**: قال الشيخ أبو حامد: ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر فى سنة واحدة إلا التين، فإنه يحمل النوروزى ثم يحمل بعده فى الوقت.

وقد قال غيره: إن النارنج والأترج والرانج - أيضا - يحمل حملين، وقد بلغنى عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما فى ثمرة النخل، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة فى النخل أنه يحمل حملا واحدا، فإذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر، فالثانى: كثمرة النخل فى العام القابل.

**قلت**: والآخر كذلك غير أنه لا يطرد فى شجر بعينه، ولا نقول فى ثمرة النخل مطلقا: إن ثمرة العام كلها للبائع، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك - رضى الله عنه - كانت تحمل فى السنة مرتين بدعوة النبى ﷺ له.

فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة، فإذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثانى الأول، وإن كانت عبارة الشافعى التى قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغى أن يقول: على ذلك سؤال قال الأصحاب: «إن قيل: هلا قلتم: الحمل الثانى تابع للأول؟ كما إذا باع نخلة مؤبرة، فإن الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود؟

فالجواب: إن فى الطلع وجهين والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود؛ لأنه ليس له إلا حمل واحد. يتقدم بعضه ويتأخر بعضه.

وليس كذلك الحمل الثانى مع الحمل الأول.

**فرع**: قال المتولى فى هذه المسألة: إن عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين، وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا، والذى صححه ابن أبى عصرون فى هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة.

**فرع**: إذا قلنا: ينفسخ العقد فلا تفريع عليه، وإن قلنا: لا ينفسخ، قال القاضى أبو الطيب: فمن سمح منهما أجبر الآخر على قبوله، وإن امتنعا فسخ الحاكم بينهما، كذلك قال القاضى أبو الطيب، وهو مفهوم المصنف - رحمه الله - قال الماوردى: على ما يقتضيه مذهب ابن خيران، إن تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة، وإلا فالقول قول صاحب اليد، ولا يفسخ البيع؛ لأنه لا يجعل لما حدث تأثيرا فى البيع، وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل فى المعنى الذى لحظه ابن خيران؛

لأن الاختلاط فى غير المبيع لا أثر له، وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران، فإنه قال: وقال ابن خيران: المسألة على قول واحد: إن البيع لا يبطل، ولكن يقال لكل منهما: اسمح بترك ثمرتك، فإن سمح أجبر الآخر على القبول، وإن لم يسمح نظر: فإن كانت الشجرة والثمرة فى يد البائع كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشترى منها، وإن كانت فى يد المشترى فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها.

وكذلك الإمام قال: إنه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار، وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة، ولا منافاة بينهما، فقد بين الرويانى ذلك، ونقل القول بالفسخ عن نصه فى الأم وعن ابن خيران: أنه إذا لم يسمح واحد منهما، فالقول قول من فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم الانفساخ من قولى طريقة الخلاف، وما قاله الماوردى والمحاملى والإمام تفريع على طريقة ابن خيران فقط، فكلام أبى الطيب لا إيراد عليه إلا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ، وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف.

وكلام المصنف الإيراد عليه قوى؛ لأنه نقل قول ابن خيران، وفرع عليه أنه يقال: من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه إذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ويفسخ، وليس ذلك قول ابن خيران، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين، وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضى أبى الطيب، والله أعلم.

فرع: كلام المصنف هنا مشير إلى أنه لا مزية فى غرض ترك الحق بين البائع والمشترى، وكلامه فى التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع، وكلام الماوردى يقتضى البداءة بالمشترى، والأقرب التسوية كما أشار إليه فى المهذب، وأن من بدأ بالقول: البائع أو المشترى، لم يقل ذلك على أنه متحتم، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة فى التسليم، فإن ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا، والله أعلم.

فرع: أورد على إلزام المشترى أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لإمضاء العقد ما إذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع، فإنه لا يلزمه الإجابة، وفيه نظر.

**المسألة الثانية**: وهى المرتبة الأخرى: إذا اشترى رطبة، فإن اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع، فما حدث يكون للمشترى إن اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشترى حتى طالت وعلت، فقد عطف المزنى هذه على مسألة القولين، فاختلف الأصحاب، فمنهم من قال: البيع صحيح قولا واحدا كما ذكره المصنف حكما وتعليلا، ومنهم من قال: هى على قولين كالمسألة الأولى، وممن ذهب إلى هذا أبو إسحاق المروزى وابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والإمام والرويانى والشاشى.

قال الماوردى وجمهور أصحابنا: وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن: بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين، بمعنى أنه لم يزد فى أطرافه ولا فى عدده، والرطبة إذا طالت تفرع لها أغصان، وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الأولى سواء، وحسن المصنف هذا الجواب بقوله: إن تلك الزيادة لا حكم لها، فلم يقل إنها ليست بعين، فإنها عين قطعا، ولهذا احتاج الأولون يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده، لكنها وإن كانت عينا فلا حكم لها، بدليل أنه: يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة، وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع الأغصان، ومما يدل على ذلك: أنه لو باع الرطبة وطولها ذراع فأجبر فى نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن، فإنه لو هزل فى يد البائع لم يسقط شىء، وقال القاضى أبو الطيب: إن الزيادة فى الرطب حدثت فى الأصول التى فى الأرض، فهى بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة، وقال الماوردى: إنها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فإنه ليس متميزا.

واعلم أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على أن الزيادة التى حصلت فى الرطبة للبائع، وليست للمشترى، وكذلك قال القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ أبو حامد قبلهما والقاضى حسين، وذكر الماوردى فى حكاية الطريقة الجازمة بالصحة: أن الزيادة للمشترى؛ لأنها لا تتميز، فإن صح ذلك ففى المسألة ثلاث طرق.

وقال ابن أبى عصرون: إن الأصح من قولى أحد الطريقين الانفساخ كما ذكره فى المسألتين السابقتين، وقول المصنف: فسخ، أى يفسخه الحاكم، كذلك صرح به

الماوردى، وقوله على القولين؛ أى القولين فى اختلاط الثمرة المبيعة.

واعلم أن فى مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة، يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ البيع، كما قال المصنف هناك، ولا يقال للمشترى: إن سمحت بحقك أقر العقد، وفى مسألة إذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثة يقال لكل منهما: إن سمحت بحقك أقر العقد، والفرق أن فى المسألتين الأوليين إذا ترك المشترى حقه فاز البائع بالعوض والمعوض.

**فرع**: باع شجرة الباذنجان إن بلغ نهايته، فإن كان فى الخريف لا يحتاج إلى شرط القطع، وإلا فبشرط القطع، فإن كان عليه ردها فهو للمشترى، وإلا فهو للبائع كما فى سائر الثمار، ولا يدخل فى مطلق العقد إلا بالشرط، فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا، وهكذا فى البطيخ والقثاء وما فى معناها، قاله القاضى حسين، وقال الرويانى فى هذا الفرع: إن باع الأصل مع الثمرة لا بد من شرط القطع، فإن شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع، وقد تقدم فى كلام الإمام ما يخالفه.

وقال الخوارزمى: إن باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز إلا بشرط القطع، وإن باع بعد خروج حملها، فإن باعها مع الحمل جاز مطلقا، وإن باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع، والحادث للمشترى.

ومقتضى كلام القاضى حسين الذى حكيته: أنه إذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح إلا بشرط القطع، بخلاف النخل، وكذلك قال الإمام والغزالى، قال ابن الرفعة: وهو أفقه يعنى من الإمام، والمنقول الأول، يعنى كلاما عن البندنيجى وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا.

**فائدة**: إن قلت: ما وجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية، فإن فى هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره، فهى أشبه بالمسألة الأولى.

**قلت**: المرتبتان الأوليان الاختلاط فيهما ظاهر، إما اختلاط المبيع بغيره فى المرتبة الأولى وإما اختلاط المقصود منه بغيره فى المرتبة الثانية، وفى هذه المرتبة القائل الأول يقول: ليس فيها اختلاط، وإنما هو زيادة المبيع فى نفسه، ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكمالها، ولم يقل به أحد كما أشار إليه المصنف.

فالنزاع فى المرتبة الثانية فى المختلط فيها، هل هو كالمختلط فى المرتبة الأولى أو لا؟ والنزاع فى الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه، ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع فى كونه اختلاطا أو لا؟ لكن إجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من إجرائهما فى المرتبة الثانية؛ لأن الاختلاط حقيقى، وإنكار ما فيه ارتكاب ضرب فى المجاز أو القياس.

وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك.

وكذلك قلت فى هذه المرتبة الأخرى، ولم أقل الثالثة، وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كأبى حامد والماوردى اختاروا إجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية.

ولو اشترى وديا فكبر فإنه للمشترى قولا واحدا؛ لأنها زيادة غير مميزة، قاله ابن أبى هريرة وغيره، وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة: أنه إذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرا، فإن كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشترى، وإن كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين، وفى الفتاوى المنسوبة إليه فيما إذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر إطلاق القولين فى انفساخ العقد، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة: ليست عن القاضى، وإنه ينبغى أن يكون للمشترى، ولا خيار له؛ لأنه ملك أصلها كالثمرة، ثم قال: ورأيت للشيخ أبى المعالى: أنه إن كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشترى، كالصنوبر والنخل، وإن كان يخلف كالقت فقولان:

**قلت**: وسنذكر من كلام صاحب التتمة: أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشترى لا يملك أصوله، وأنها للبائع، وقياس ذلك: أن تكون الشجرة - أيضا - كذلك، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره، فيجرى القولان كما اقتضاه باقى الفتاوى، والذى قاله فى التعليقة، وقال ابن أبى هريرة: محمول على ما إذا باع مطلقا، فإنه فيما لا يستخلف لا يحتاج إلى شروط القطع، وتكون أصوله للمشترى.

**فائدة**: هذه المسألة تنبهك على أن المشترى إذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها إلا الظاهر على وجه الأرض، وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذه، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة إلا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك

شيئا من الباطن.

**فرع**: الزروع التى تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد، قال صاحب التتمة: فالزيادة للبائع، والحكم على ما ذكرنا، يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال: حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع، اللهم إلا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له؛ لأنه ملك أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة، هكذا قال صاحب التتمة.

فأما قوله: الزيادة للبائع، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الإمام أنها للمشترى بالاتفاق، وأما قوله: حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع، ففيه نظر؛ لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه، بل هى منها على رأيه وجعلها للمشترى أقرب، وأما قوله: اللهم إلى آخره فهكذا وجدته فى النسخة، والظاهر: أنه غلط والصواب: القلع باللام، وعلى هذا يصح، فإنه إذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه، فكل ما حدث منه كان للمشترى؛ لأنه زيادة ملكه، والله أعلم.

وقد صرح صاحب التهذيب: بأنه إذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى ازداد يكون ما حدث للمشترى؛ لأنه ملك أصله، وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة.

**فرع**: إذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الإمام والمتولى وغيرهما: أنه لا يجوز إلا بشرط القطع، قال صاحب التتمة: أو القلع.

وقال صاحب التتمة: إلا أنه إذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول، فما يحدث يكون ملكا له؛ لأنه فرع أصل مملوك، وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره فى الفرع المتقدم أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله.

وقد تقدم عن الأصحاب: أن الطريق إلى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشترى الأصول بشرط القطع، ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع، وهذا الذى قاله المتولى ينبه على أنه لا يفيد اشتراط القطع، بل لا بد من اشتراط القلع.

وينبغى أن يكون ذلك مجزوما به؛ لأن البطيخ مما يستخلف، والله أعلم.

ولو باع أصول النبات مطلقا، قال المتولى: لا يدخل البطيخ إلا بالتنصيص؛ لأنها ثمرة ظاهرة، حتى إن الذى هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة؛ لأن الشجرة أصل مقصود، والنماء تبع له، فجعل ما لم

يظهر من النماء تبعا له، وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود، وإنما المقصود الثمار، فلا يجعل المقصود تبعا.

فرع: قال الشافعي - رضى الله تعالى عنه -: ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ثم قال: فإن اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة، فالبائع بالخيار فى ترك القصيل أو نقض البيع، فهذا النص إن كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب، وإن كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة: من أن الزيادة فى الزرع الذى لا يستخلف للبائع، ومخالفة لما قاله الإمام، قال صاحب التهذيب: إنه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد فى أول خروجه بشرط القطع فى ذلك كله، فلم يقطع حتى زاد، ففى انفساخ البيع قولان كالقت، قال: وعندى إن كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد يبين مقاطعها، فما يحدث من الأوراق فوق المقطع، والقول يكون للمشترى، وفى القت والكراث إنما ينفسخ؛ لأن ما يحدث من أصله الذى لم يبع غير متميز عما باع؛ لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة.

فرع: فى زيادات أبى عاصم العبادى: إذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت، فله القطع، وإن اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع فى قول؛ لأنه اختلط المبيع بغيره.

فرع: ما لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى فى خرابزه، ذكره ابن خيران فى اللطيف.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن كان له شجرة تحمل حملين، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز، فالبيع باطل.**

**وقال الربيع: فيه قول آخر: إن البيع يصح، ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة، فلم يأخذ حتى حدث شىء آخر، أن البيع يصح فى أحد القولين، والصحيح هو الأول؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن العادة فيها الترك، فإذا ترك اختلط به غيره، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة، فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم».**

**الشرح**: ضبط فى الاستقصاء حملين بفتح الحاء قال فى الاستقصاء: وقال غيره: الحمل بالفتح ما كان فى بطن أو على رأس شجرة.

وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر، وحمل الشجرة مرتين، يقال: إن ذلك فى التين واللوز والرانج والأترج تحمل حملين، وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين: أن ما مضى من الكلام فى اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالبا، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشترى، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط، أما إذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع، فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا، وهو الصحيح المشهور المنصوص فى الأم، نص عليه فى باب ثمر الحائط يباع أصله.

قال الربيع هناك: وللشافعى فى مثل هذا قول: أنه إن شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التى اختلطت بثمرة المشترى صح، قال المحاملى: وهذا ليس بمنصوص، وإنما أخذه الربيع من أحد القولين فيما إذا باع جذة من الرطبة، فلم يجذه المشترى حتى حدثت أعيان أخر، فإن الشافعى نص فى تلك المسألة على قولين، فخرج الربيع قولا آخر فى هذه المسألة بناء على تلك.

قال المحاملى: وغلط فى هذا، والمذهب: أن البيع يبطل قولا واحدا.

والفرق: أن الرطبة إنما تباع على شرط القطع، فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه، وإنما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث، وربما لم يحدث، فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة، والعقد يقتضى تبقيتها إلى وقت الجذاذ، فإذا علم اختلاطها فى تلك الحالة، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم، انتهى.

وشبهوه بشراء العبد الآبق، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد، ورد ما قاله الربيع.

قالوا: وإنما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع، فلا يبطل البيع، وقد نقل الإمام قول الربيع المذكور فى الكتاب عن العراقيين.

قال: وذكر العراقيون قولا بعيدا: أن البيع موقوف، فإن سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقد، وإن لم يسمح تبينا أن العقد غير منعقد فى أصله، وهذا قول مزيف لا أصل له، وهو بمثابة المصير إلى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار

عليه وفاقا، فإن طردوا هذا، فهو على فساد مطرد، وما أراهم يقولون ذلك، وأراد الإمام بالقول الذى نقله العراقيون: ما ذكره المصنف عن الربيع، لكن ليس فى كلامهم الذى رأيته أن ذلك من باب وقف العقود، بل صرح المحاملى فى حكاية هذا القول أنه يقال للبائع: اسمح بترك حقك، فإن سمح وإلا فسخ العقد، ولكن عبارة الربيع فى الأم التى حكيت بعضها فى صدر كلامى محتملة لما قاله الإمام، والأولى: أن يترك على ما قاله المحاملى، وحينئذ لا يكون من وقف العقود، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده.

وأما إلزامهم بالعبد الآبق فالفرق: أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع، ولا كذلك الآبق، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملى والمصنف، فإن الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها، وههنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق، فلا يمكن التسليم، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفى؛ لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذى لو امتنع منه أجبر عليه، وهو لا يجبر على تسليم الجميع، وقد أورد ابن الرفعة على الإمام والغزالى إذ قالا: إن الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولا بالصحة ههنا، فإن التسليم ممكن بالتخلية، وللبائع إجبار المشترى عليها إذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأى، كما يكون ذلك فى المنقول، وحينئذ تساوى مسألة الرطبة، نعم لو كان التسليم لا يمكن فى حال إلا مع الاختلاط لم يصح ذلك، وذلك فى جملة البئر إذا أفردت بالبيع وقلنا: الماء ردها، وأورد صاحب الوافى أنه إذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة إذا تركها، فينبغى أن يجب القطع للعذر المفضى إلى إبطال البيع فيصح نقل الربيع.

**قلت**: وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد؛ لأن المشترى لم يلتزمه، ولا هو مقتضى العقد، والله أعلم.

وحقيقة الخلاف فى هذه المسألة يرجع إلى أن المتوقع كالواقع أو لا؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع، ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه إذا قلنا: لو أحبلها صارت أم ولد له، وشاهده من السنة نهيه ﷺ «عن بيع الثمرة حتى تزهى» وأورد ابن الرفعة على الإمام - أيضا - فى إلزامهم العراقيين طرده ذلك فى العبد الآبق، أنه أبدى فى كتاب اللقيط احتمالا فى جواز بيع العبد الآبق، المنقطع الخبر مع عدم

اتصال الرفاق، وعدم إجزاء عتقه عن الكفارة ظاهر، ثم قال: ومما يجب ذكره: أنا إذا منعنا البيع، فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندى نفوذ البيع، وإن كان يلتفت على الوقت، ولكن إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه، وكان فى المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه.

فرع: إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به، فأطلق الرافعى وغيره: أن البيع باطل إلا بشرط القطع، وقال: إنه يجىء فيه الخلاف، يعنى خلاف الربيع، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم؟ وينبغى على طريقة ابن خيران فى المسألة المتقدمة بالصحة الحكم، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين، فالمشهور البطلان إلا بشرط القطع، والله أعلم.

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التى لم تؤبر، فإنه لا يشترط شرط القطع على الصحيح.

وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح، لا يشترط قطعها جزما، وإذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب.

ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز إلا بشرط القطع.

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع، ويعلم اختلاطها بغيرها، فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها، ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا، وظهر لك بجميع هذه المسائل أن إطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما إذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط، أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد، محمول على ما إذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا، أما لو كان غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه، كما إذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها، وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة، فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما إذا بقيت للبائع، فإنها ليست بمبيعة؛ لأنا نقول: إن هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما إذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها، وقد أبطله الأصحاب هناك.

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناها البائع، إما بشرط القطع إن شرطناه أو بدونه، فحدث طلع آخر، فهل يكون حكمه ما إذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر؟ فيجرى فيه الوجهان فى أن الطلع يكون للبائع؟ أو للمشترى؟ أو نقول هنا: إن الطلع الحادث للمشترى قولا واحدا؛ لأن الثمرة غير المؤبرة إنما بقيت بالشرط، فلا يستتبع الطلب الحادث، لم أر فى ذلك نقلا فإن قلنا: إن الطلع للبائع تبعا للثمرة، فلا كلام وإن قلنا: للمشترى وكان الغالب تلاحقه، فهل يصح من غير شرط، فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة، يعلم اختلاطها بغيرها.

وقياس المذهب فيها: البطلان.

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها اشترط القطع؛ لأنه كالزرع؛ ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج شىء آخر فالخارج والموجود كله للمشترى وهذا هو الوجه فى تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشترى، وإن أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين، فيحصل له منفعة تلك المدة.

ولا يملك صاحب الأرض مطالبته بالقطع، قاله الرويانى وغيره.

* * *

# باب بيع المصراة والرد بالعيب

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: « إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة، ثم علم أنها مصراة، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تُصرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ [لِلْبَيْعِ][(١)]، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا ثَلَاثًا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ» وروى ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «مَنِ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ - أَوْ مِثْلَى - لَبَنِهَا قَمْحًا».**

**الشرح:** حديث أبى هريرة متفق عليه، رواه الأئمة مالك فى الموطإ والشافعى - رضى الله عنه - والبخارى ومسلم فى صحيحيهما وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه، وليس فى شىء من ألفاظهم ولا فى غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذى أورده المصنف هكذا.

وهذا الحديث رواه عن أبى هريرة جماعة، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحبته، ولفظه: «لَا تُصِرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[(٢)] رواه البخارى ومسلم وأبو داود، وليس فيه: «بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا ثَلَاثًا».

وكذلك رواه الشافعى وفيها زيادة: «لَا تُصِرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ»، كذلك رواه المزنى عنه، وقيل: إن المزنى انفرد بهذه الزيادة عن الشافعى - رحمه الله تعالى - وأما الربيع فإنه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة.

ومن الرواة له عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أبو بكر محمد بن سيرين، ولفظه: «مَن اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِن

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه البخارى ٥/ ٩٧ كتاب البيوع باب النهى للبائع ألا يُحَفِّل الإبل (٢١٤٨) و (٢١٥٠)، ومسلم ٣/ ١١٥٥ كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١/ ١٤١٢)، ومالك فى الموطأ ٢/ ٥٢٦ كتاب البيوع باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة (٩٦)، وأبو داود فى سننه ٢/ ٢٩١ - ٢٩٢ كتاب البيوع باب من اشترى مُصَرَّاة فكرهها (٣٤٤٣) وله لفظ آخر غير ما ذكر المصنف وهو [لا تلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تعدوا الغنم. . . إلى آخر ما ذكره].

التَّمْرِ لَا سَمْرَاءَ»[١] وفى رواية من طريقه: «مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ»[٢] رواهما مسلم وأبو داود.

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك، وروى أبو صالح عن أبى هريرة ولفظه: «مَن ابْتَاعَ شَاةً مُصَرَّاةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[٣] رَوَاهُ مُسْلِمٌ.

قَالَ الْبُخَارِى: قَالَ بَعْضُهُمْ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ: «صَاعًا مِنْ طَعَامٍ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا»، وقال بعضهم عن ابن سيرين: صاعا من تمر، ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر[٤]. ا هـ كلام البخارى.

ورواه عن أبى هريرة موسى بن يسار ولفظه: «مَنِ اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً فَلْيَنْقَلِبْ بِهَا فَلْيَحْلُبْهَا، فَإِنْ رَضِى حِلَابَهَا أَمْسَكَهَا وَإِلَّا رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[٥].

رواه مسلم، ورواه عن أبى هريرة أبو صالح ولفظه: «مَنِ ابْتَاعَ شَاةً مُصَرَّاةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[٦]. رواه مسلم.

وفى لفظ من رواية ابن سيرين: «مَنِ اشْتَرَى مِنَ الْغَنَمِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ»[٧].

رواه مسلم، ورواه عن أبى هريرة همام بن منبه ولفظه: «إِذَا مَا اشْتَرَى أَحَدُكُمْ نَعْجَةً مُصَرَّاةً أَوْ شَاةً مُصَرَّاةً، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا، إِمَّا هِى وَإِلَّا فَلْيَرُدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[٨] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٨ - ١١٥٩ كتاب البيوع باب حكم بيع المصراة (٢٥ و ٢٦/ ١٥٢٤) والحميدى (١٠٢٩) وأحمد ٢/ ٢٤٨ و ٢٧٣ و ٥٠٧، والدارمى ٢/ ٢٥١ كتاب البيوع باب فى المحفلات، وأبو داود ٢/ ٢٩٢ كتاب البيوع باب من اشترى مصراة فكرهها (٣٤٤٤) وابن ماجه ٣/ ٥٧٣ - ٥٧٤ كتاب التجارات باب بيع المصراة (٢٢٣٩) والترمذى ٢/ ٥٣١ أبواب البيوع باب ما جاء فى المصراة (١٢٥٢) والنسائى ٧/ ٢٥٤ كتاب البيوع باب النهى عن المصراة...

(٢) انظر تخريج الرواية السابقة.

(٣) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٨ (٢٤/ ١٥٢٤) وأحمد ٢/ ٤١٧.

(٤) قال ذلك عقب حديث (٢١٤٨).

(٥) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٨ (٢٣/ ١٥٢٤)، وأحمد ٢/ ٤٦٣، والنسائى ٧/ ٢٥٣.

(٦) تقدم.

(٧) تقدم.

(٨) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٩ (٢٨/ ١٥٢٤)، وأحمد ٢/ ٣١٧.

قال بعضهم: وهو دليل على الرد بغير أرش.

ورواه عن أبى هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد، ولفظه: «مَنِ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِى حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ»[1]. رواه البخارى وأبو داود.

وقال بعضهم: وهو دليل على أن صاع التمر فى مقابلة اللبن، وأنه أخذ قسطا من الثمن.

ورواه عن أبى هريرة الشعبى، ولفظه: «مَنِ اشْتَرَى مِنْكُمْ مُحَفَّلَةً فَكَرِهَهَا فَلْيَرُدَّهَا وَلْيَرُدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ»[2]، رواه ابن الجارود.

وفى لفظ من رواية ابن سيرين: «مَنِ اشْتَرَى لَقْحَةً[3] مُصَرَّاةً أَوْ شَاةً مُصَرَّاةً فَحَلَبَهَا، فَهُوَ بِأَحَدِ النَّظَرَيْنِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَإِنَاءً مِنْ طَعَامٍ»[4] رواه البيهقى عن أبى عبد الله الحاكم بسند صحيح.

وكل هذه الألفاظ مرفوعة إلى النبى ﷺ فهذه روايات أبى هريرة ليس فى شىء منها اللفظ الذى ذكره المصنف بتمامه، بل طريق الأعرج جمعت بين النهى عن التصرية، وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث، وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيها ذكر الثلاث.

وهى مقتصرة على بيان الحكم، والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى، بل والمعنى - أيضا - مختلف؛ لأن رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث.

**فالأول**: يقتضى إثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه.

**والثانى**: يقتضى إثبات الخيار [بعد الحلب][5] من غير بيان مدته، فالجمع بينهما كما فى الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به فى شىء من الروايتين، وهو أن

---

(١) أخرجه البخارى ٥/١٠٦ كتاب البيوع باب إن شاء رد المصراة (٢١٥١) وأبو داود ٢/ ٢٩٢ كتاب البيوع باب من اشترى مصراة نكرها (٣٤٤٥).

(٢) أخرجه ابن الجارود فى المنتقى (٥٩٣) وأحمد فى المسند ٢/ ٤٦٠ بلفظ [لا تبايعوا بالحصاة ولا تناجشوا ولا تبايعوا بالملامسة ومن اشترى منكم... إلى آخره].

(٣) فى ط: نعجة.

(٤) أخرجه البيقهى ٥/٣١٨ كتاب البيوع باب الحكم فيمن اشترى مصراة.

(٥) سقط فى ط.

يكون الخيار بعد الحلب ثلاثا.

فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حلبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شىء من الروايات صريحا.

وأما الثانى فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا، وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء، العبدرى فى الكفاية والرافعى فى التهذيب وقالا: رواه البخارى ومسلم.

وينبغى أن يكون مرادهما أصل الحديث، لا ذلك اللفظ، وممن ذكره كذلك - أيضا - الشيخ أبو حامد فى تعليقه، وذكر أنه حديث مختصر المزنى، والمصنف تبع الشيخ أبا حامد فى ذلك، والموجود فى مختصر المزنى ليس فيه هذه اللفظة، ولم يذكرها القاضى أبو الطيب فى تعليقه أيضا، وإنما ذكر على الصواب، وذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا، وليس فيه: «بعد أن يحلبها»، وهو مصدر بالنهى كما ذكره المصنف، وهو فى الغرابة كاللفظ الذى أورده المصنف.

وذكره - أيضا - جماعة من الأصحاب منهم الغزالى كما ذكره المصنف.

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين.

وأجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة، رواه عنه الأعرج، ومحمد بن سيرين، وأبو صالح السمان، وهمام بن منبه، وثابت مولى عبد الرحمن، وقد تقدمت روايتهم، ومحمد بن زياد ورواياته فى جامع الترمذى بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار، وقد تقدم ومجاهد وأبو إسحاق ويزيد ابن عبد الرحمن بن أذينة وغيرهم، ورواه عن هؤلاء وعمن بعدهم خلائق لا يحصون، حتى ادعى بعضهم أنه صار إلى التواتر.

وقال ابن عبد البر: حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث.

وأما حديث ابن عمر[١] فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكره المصنف.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٩٢ كتاب البيوع باب من اشترى مصراة نكرها (٣٤٤٦)، وابن ماجه ٣/ ٥٧٥ كتاب التجارات باب بيع المصراة (٢٢٤٠) والبيهقى ٥/ ٣١٩ كتاب البيوع باب الحكم فيمن اشترى مصراة وذكره الحافظ فى التلخيص ٣/ ٥٥ ونقل تضعيف البيهقى له =

قال الخطابى: وليس إسناده بذاك.

قال الحافظ المنذرى: والأمر كما قال: فإن جميع بن عمير.

قال ابن نمير: هو من أكذب الناس.

وقال ابن حبان: كان رافضيا يضع الحديث.

**قلت**: وجميع ابن عمير، هو الذى رواه عن ابن عمر.

وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه.

وقد قال ابن أبى حاتم: سألت أبى عنه فقال: من عتق الشيعة ومحله الصدق صادق الحديث كوفى تابعى.

وقال البخارى فى التاريخ الكبير: فيه نظر.

وقال البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث: هذه الرواية غير قوية.

وقال فى كتاب السنن الكبير: تفرد به جميع بن عمير، وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا، وإنما أعله بصدقه بن سعيد الراوى عن جميع، فإنه - أيضا - ليس بالقوى، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب.

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر - أيضا - بما يوافق رواية أبى هريرة، رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث: قال «لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تَلَقَّوْا السِّلَعَ بِأَفْوَاهِ الطُّرُقِ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَسُم الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَرُدَّ، وَلَا تَسْ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِيءَ مَا فِي صَحْفَتِهَا، فَإِنَّمَا لَهَا مَا كُتِبَ لَهَا، وَلَا تَبِيعُوا الْمُصَرَّاةَ مِنْ الإِبِلِ وَالْغَنَمِ، فَمَنِ اشْتَرَاهَا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ، وَالرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ»[1].

وليث المذكور فى سنده: هو ليث بن أبى سليم، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث.

وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده، وهو عمرو بن

---

= وقال فى فتح البارى (٥/ ١٠١) فى إسناده ضعف.

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه ٣/ ٧٤ .

عوف المزنى قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا جَلَبَ وَلَا جَنَبَ وَلَا إِعْرَاضَ، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ إِذَا حَلَبَهَا بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[١] وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا.

قال الشافعى - رحمه الله - فيه: ركن من أركان الكذب.

وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة.

قال الدار قطنى عقب هذا الحديث: تابعه عاصم بن عبيد الله عن سلام[٢] عن ابن عمر فى المصراة.

وروى البيهقى - رحمه الله - فى السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعى الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبى ﷺ عن النبى ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَنْ تُتَلَقَّى الْأَجْلَابُ، وَأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَمَنْ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، فَإِنْ حَلَبَهَا وَرَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ».

قال البيهقى: يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال:

صاعا من هذا أو من ذاك، لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة فى هذا الباب[٣].

وروى البيهقى - رحمه الله - - أيضا - من حديث إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ اشْتَرَى شَاةً مُحَفَّلَةً، فَإِنَّ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَحْتَلِبَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا فَلْيُمْسِكْهَا، وَإِلَّا فَلْيَرُدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[٤] إسماعيل بن مسلم متروك.

وروى أبو بكر الإسماعيلى - رضى الله عنه - فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى - رحمه الله - من حديث سليمان التيمى، عن عبد الله، وهو ابن مسعود - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال: «مَنِ اشْتَرَى شَاةً مُحَفَّلَةً فَرَدَّهَا فَلْيَرُدَّ

---

(١) أخرجه الدراقطنى ٣/ ٧٥ .
(٢) فى أ: سالم.
(٣) أخرجه البيهقى ٥/ ٣١٩ .
(٤) أخرجه البيهقى ٥/ ٣١٩ .

مَعَهَا صَاعًا»[١] رواه من حديث أبى خلف العمى، لكنه اختلف فى وقفه ورفعه، فرواه البخارى فى الصحيح موقوفا من قول ابن مسعود - رضى الله عنه -[٢] وكذلك رواه الشافعى فى الأم[٣] فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام، هكذا رأيته فى الأم.

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام: وقال الإسماعيلى: إن أبا خالد رفعه وإن ابن مبارك، ويحيى بن سعيد، وابن أبى عدى، ويزيد بن زريع، وهشاما، وجريرا وغيرهم رووه موقوفا على ابن مسعود، ورواه البرقانى موقوفا على شرط البخارى. وزاد: «مِنْ تَمْرِ مَالِهِ».

والإسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط فى مثل هذا الموضع للوقف وتقديمه على رواية الرفع.

أما على طريقة الفقهاء: فينبغى الحكم للرفع، وأن أبا خالد وهو سليمان بن حبان الأحمر؛ لأنه احتج به الشيخان، ومن رفع معه زيادة على من وقف، والمخالف فى هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك.

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة، وابن عمر، وعمرو بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله - رضى الله عنهم - ورجل من أصحاب النبى ﷺ وأنس بن مالك وابن مسعود رضى الله عنهم.

وأصحها: رواية أبى هريرة - رضى الله عنه - ورواية رجل من الصحابة سندها جيد، ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة فى رفعها، ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها وترجيح الحكم بالمرفوع، ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف فى مثل هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة.

نعم ذكر الماوردى: أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن التيمى، ولم أقف عليه فى كلام الشافعى، فإن صح ذلك وكان الرفع فيه محققا تعين الحكم بصحته، وقد ذكر الإسماعيلى عن يحيى بن سعيد أنه ممن رواه موقوفا، فإن صح ما ذكره

---

(١) أخرجه من طريق أبى بكر الإسماعيلى البيهقى فى سننه ٥/ ٣١٩

(٢) أخرجه البخارى ٥/ ١١٣ كتاب البيوع باب النهى عن تلقى الركبان وأن بيعه مردود (٢١٦٤).

(٣) أخرجه الشافعى فى الأم (٧/ ١٠٥).

الماوردى فيكون عنه روايتان، والله أعلم.

(أما اللغة) فقوله ﷺ: «لَا تُصَرُّوا» فهو بضم التاء المثناة من فوق وفتح الصاد، وبعد الراء المشددة واو، وفتح لام الإبل على مثال تركوا.

قال القاضى عياض: كذا صحيح الرواية من صرى إذا جمع مثقل ومخفف، وهو تفسير مالك له، والكافة من أهل اللغة والفقه، وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الإبل على ما لم يسم فاعله.

وبعضهم يقول: يصروا بفتح الياء وضم الصاد وإثبات واو الجمع ونصب لام الإبل، وخطأ القاضى هذين الوجهين، وقال: إنهما لا يصحان إلا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر، وقال فيه: المصرورة، وهو تفسير الشافعى لهذه اللفظة، كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدها لذلك، وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة، قال: وهذا لا يجوز عندهم.

ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثانى، وهو مثل الوجه الأخير، وقيده الفارقى - تلميذ المصنف - بالوجه الثانى وابن معن شارح المهذب بالوجه الثالث، وكلاهما خطأ، والفارقى أقل عذرا؛ لأن الواو ثابتة فى جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المهذب.

قال الخطابى: اختلف أهل العلم واللغة فى المصراة ومن أين أخذت واشتقت؟ فقال الشافعى - رضى الله عنه -: التصرية: أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة، حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد فى ثمنها، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها.

قال أبو عبيد: المصراة: الناقة أو البقرة أو الشاة التى قد صرى اللبن فى ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب، وأصل التصرية: حبس الماء وجمعه، يقال منه صريت الماء، ويقال إنما سميت المصراة؛ لأنها مياه اجتمعت.

قال أبو عبيد: ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة، قال الخطابى: كأنه يريد به الرد على الشافعى، قال الخطابى: قول أبى عبيد حسن، وقول الشافعى صحيح.

والعرب تصر ضروع الحلوبات إذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارا،

فإذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت، واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب «العبد لا يحسن الكر والفر، وإنما يحسن الحلب والصر» ويقول مالك[١] بن نويرة:

فقلت لقومى هذه صدقاتكم مصررة أخلافها لم تُحرَّدِ[٢]

قال: ويحتمل أن أصل المصراة مصررة، أبدلت إحدى الراءين ياء، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى: جائز أن تكون سميت مصراة من صر أخلافها كما قال الشافعي - رحمه الله - وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى، وهو الجمع، يقال: صريت الماء فى الحوض إذا جمعته، ويقال كذلك: الماء صرى، وقال عبيد:

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال: كانت المصراة فى الأصل مصرورة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت إحداها ياء كما قالوا: «تظننت من الظن»، وكما قال العجاج:

تقضى الباز إذ البازى كسر[٣]

هذا كلام الأزهرى رحمه الله، وكلام الشافعي - رحمه الله - المذكور هو فى مختصر المزنى، وقال النووى: - رحمه الله - وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة - رضى الله عنهما - قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ النَّجْشِ وَالتَّصْرِيَةِ»[٤].

قال: وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقدم.

وأما الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعي وغيره فليس فيه تعرض له؛ لأنه يصح ذلك مع إبدال الراء ياء، على أنه ليس فى كلام الشافعي - رحمه الله - تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر، وإنما مقصوده ومدلول كلامه: أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن، ولا شك: أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معا، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع، وذكر الربط؛ لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى؛ ولأنه

---

(١) فى ط: متمم.

(٢) البيت من الطويل ينظر تاج العروس (صرى)، لسان العرب (صرر)، وفيه الشطر الأول:
وقلت خذوها هذه صدقاتكم ..................

(٣) الرجز فى ديوانه (١/ ٤٢) التاج (كسر)، الأشباه والنظائر (١/ ٤٨).

(٤) أخرجه مسلم ٣/ ١١٥٥ كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه... (١٢/ ١٤١٢).

سبب فى احتباس اللبن.

وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره إلا زيادة تبين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط، وحينئذ تتحقق المخالفة، فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول، وقد قال أبو حاتم السجستانى: الشافعى أعلم باللغة منا، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء.

وروينا عن عبد الملك بن هشام قال: قول الشافعى حجة فى اللغة، قال الربيع: ابن هشام بمصر كالأصمعى بالعراق، وقال أبو عبيد: الشافعى ممن يؤخذ عنه اللغة أو من أهل اللغة الشك من ابن أبى حاتم.

وقال المازنى: الشافعى عندنا حجة فى النحو، وقال أبو الوليد بن الجارود: إن للشافعى لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب، وقال ثعلب: إن الشافعى - رحمه الله - من بيت اللغة يجب أن يؤخذ عنه، وقال أيوب بن سويد: خذوا عن الشافعى اللغة، وقال ثعلب أيضا: إنما يؤخذ الشافعى باللغة؛ لأنه من أهلها، وإنما ذكرت هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعى عند أئمة اللغة، وقد وقع فى كلامه - رحمه الله -: أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة، وأخلاف جمع خلف بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام، قال ابن قتيبة: الخلف لكل ذات خف، والطى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء، والضرع لكل ذات ظلف، قال: وقد يجعل الضرع - أيضا - لذوات الخف، والخف لذوات الظلف، والثدى للمرأة.

**قلت**: فإطلاق الشافعى أخلاف الناقة والشاة، إما أن يكون على هذا القول، وإما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة، والله أعلم.

وفى التصرية لغة التصوية بدل الراء واو، قال الهروى: التصوية والتصرية واحد، وهو أن تصرى الشاة أى تحفل، قال يوسف بن إسماعيل بن عبد الجبار بن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه من كتاب التنبيه على تصحيف أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين تخريج ابن ناصر، قال الحافظ: هكذا رأيته فى عدة نسخ: يصر الشاة بغير ياء، والصواب: أن يصرى بإثبات الياء بعد الراء من حديث الناقة.

فأما قوله: أن يصر فمعناه أن يشد، وذلك يجوز، ولم ينه عنه النبى ﷺ.

**قلت**: ولم أره فى الغريبين إلا بالراء والياء كما نقلته، فلعل النسخ التى وقعت

لابن ناصر كانت مصحفة، ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى المنسوب للشافعى، وقد تقدم الكلام فيه.

وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر، فجوابه: أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة، كما دلت عليه رواية المزنى المتقدمة، وكلا الأمرين: الصر والتصْرية حرام، إذا قصد به ذلك، وجائز إذا لم يقصد به، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار إنما يكون فى حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا فى الصر المجرد لفهم المعنى، والله أعلم.

واللقحة بكسر اللام وفتحها والكسر أفصح، وجمعها لقح مثل: قربة وقرب وهى الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة.

وقوله: «بخير النظرين» هو إمساك المبيع أو يرده، أيهما كان خيرا له فعله المحفلة هى التى حفل اللبن فى ضرعها وهى المصراة.

والحلاب: هو الإناء يملؤه قدر حلبة ناقة، ويقال له: المحلب أيضا، وبعضهم يطلق فيقول: الحلاب الإناء الذى يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب، وهو اللبن كالحراف لما يحترف.

وقال أبو عبيدة: إنما يقال فى اللبن الإحلابة، والمشهور عند العلماء: أن المراد بالحلاب فى الحديث وكذلك الحلبة فى بعض روايات الحديث اللبن نفسه.

ومن الظاهرية من امتنع من ذلك، ورأوا أن هذا من المجاز الذى لم يدل نص على إرادته، وسيقع الكلام فى ذلك - إن شاء الله تعالى - فى الفصل الثانى عند قول المصنف: بدل اللبن التمر والحنطة والطعام فى بعض روايات الحديث.

وإن كان مطلقا فالمراد به التمر، واستدلوا على ذلك بأمرين.

**أحدهما**: أنه كان الغالب على أطعمتهم.

**والثانى**: لأن معظم روايات الأحاديث إنما جاءت «وصاعا من تمر»، ويحتمل وجها ثالثا من الاستدلال، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب، ولا أن يترجح روايته، هذا ما فى حديث الكتاب وطرقه من اللغة، وتبويب المصنف المقصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشأ فيه من تغرير فعلى كالتصرية، أو نص عرفى كالعيب، فإن العرف يقتضى السلامة، أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه، إذا خرج بخلافه.

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب، وقدم التصرية؛ لأنها المنصوص عليها، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك، وقاسه عليها، كما سيأتى فى كلامه، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى.

ثم ذكر بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى، وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب. إما لأنه ورد فيه حديث - أيضا - أعنى الرد بالعيب، وإما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا، وإن كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما؛ لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقرينة الحال.

ولذلك قال الغزالى: إن الالتزام الشرطى هو الأصل وما عداه ملحق به، يشير إلى هذا المعنى، فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه إلا أصل واحد، فإنه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل، ويصح أن يقال: إن حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل، وإن كان منصوصا، وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة.

وأما اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف، وإن كان الخلف ليس بعيب، ولكنه فوات فضيلة فلأجل استوائها فى النقص فيه بأحدهما على الآخر؛ ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لحظه الغزالى كما تقدم، فذكرهما فى الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى، ووضع المصنف هذا الباب؛ لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقا فى باب ما يجوز بيعه، وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسخ واستدراك ما يقع فى البيع من العيب بالفسخ أو بالأرش.

وقول المصنف: «أو بقرة» ليتبين أن الحكم غير مقصور على الإبل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذى ذكره، بل هو شامل إما بالقياس إذا اقتصر على الحديث الذى أورده المصنف، وذلك من باب الأولى؛ لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الإبل، وإما بالنص، فإن فى الروايات الصحيحة التى تقدمت «من اشترى مصراة»، وقال بعض شارحى التنبيه: إن ذلك للرد على الظاهريين الذين خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الإبل والغنم، وهذا الذى نقله عن الظاهريين نقله القاضى

أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود، فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان: بأن شمول الحكم تمسك بالنص العام وهو قوله: «من اشترى مصراة» ولم يحكيا فى ذلك خلافا، وهو اللائق بمذهبهم أخذا بعموم الخبر، ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر؛ لأن ذلك إنما يكون فى المطلق، والخبر ههنا عام لصيغة «من».

لكن يعرض ههنا بحثان:

**أحدهما**: أن هذا الخبر الذى فيه «من اشترى مصراة» من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما تقدم، وقد تقدم من روايته - أيضا - : «من اشترى شاة مصراة»، وهذه الرواية فيها زيادة ليست فى الأولى، وزيادة العدل مقبولة، فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم، فإن الحديث واحد ومخرجه واحد.

ووجه إدراك الصواب فى هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التى ليست فيها الزيادة، وهى قوله «من اشترى مصراة» فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين، وذلك فى مسلم، ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين، وذلك فى ابن ماجه بسند صحيح، ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين، وذلك فى الترمذى بسند صحيح، وعن رواية محمد بن زياد عن أبى هريرة، وذلك فى الترمذى بسند صحيح، ومن رواية موسى بن يسار عن أبى هريرة، وذلك فى النسائى، ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق:

منها عبد الوهاب عن أيوب، وفيها «من اشترى من الغنم»، وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب، والراوى عنهما شخص واحد، وهو العدنى.

ومنها قرة عن ابن سيرين وفيها «من اشترى شاة مصراة»، وهذا اختلاف عن قرة أيضا، وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا، واختلف - أيضا - عن هشام بن حسان، وكلا السندين إليه على شرط الصحيح، فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر فى ذلك فقلنا: جميع أصحاب أبى هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف عنهم فى ذلك إلا محمد بن زياد والشعبى، فإنه لم يختلف منهما فيما علمنا، ولم يرد عنهما إلا الصيغة العامة، وإلا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه إلا الطريق المثبتة الزيادة وهى قوله: «من اشترى غنما مصراة» فقد يقال: إن كل واحد من الشعبى ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن، وسفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين أجل وأحفظ وأتقن ممن خالفه، فتقدم رواية العموم لذلك.

وقد يقال: إن جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة، واحتمال النقص فى رواية المثبت المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقة، والذى أقوله: إن الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيد، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين، ولعل النبى ﷺ تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك، ويكون ذكر الغنم فى إحدى الروايتين على سبيل المثال، ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر فى الإبل، وقد صح فى الإبل من حديث الأعرج عن أبى هريرة.

والبحث الثانى: [أنه][1] إذا ثبتت الروايتان من كلام النبى ﷺ فمفهوم الرواية التى فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى، كما مثله فى قوله: «إِذَا أَفْضَى أَحَدُكُمْ بِيَدِهِ إِلَى فَرْجِهِ»[2] مَعَ قَوْلِهِ: «مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ»[3] حيث خصوا عموم الثانى بمفهوم الأول، فلا ينتقض بغير الإفضاء الذى هو المس بباطن الكف.

وذلك ههنا.

إما من مفهوم الشرط لقوله: «من اشترى»، وإما من مفهوم الصفة لقوله: «مَنِ اشْتَرَى مِنْ الْغَنَمِ» وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء منهم الشافعى، والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس، والجواب عن هذا: أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الإبل صريحا بحديث الأعرج عن أبى هريرة، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث، فإن مبناها على التعبد، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله: «مَنْ اشْتَرَى شَاةً» وقوله: «مَنِ اشْتَرَى مِنَ الْغَنَمِ».

والثانى وحده: يضعف اعتبار المفهوم من قوله: «إِذَا اشْتَرَى أَحَدُكُمْ نَعْجَةً أَوْ شَاةً» وأما الظاهرية فإنهم غير قائلين بالمفهوم، فلا يرد عليهم، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

وقول المصنف «ولم يعلم أنها مصراة» شرط لا بد منه على أصح الوجهين عند الجمهور، منهم القاضى أبو الطيب، وفيه قول آخر مشهور فى المذهب: إن الخيار يثبت وإن كان المشترى عالما بالتصرية حين العقد، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع؟ وبناهما الرافعى وغيره على أن

---

(١) سقط فى ط.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور؟ فإن قلنا: بالأول ثبت مع العلم، وإلا فلا، وسيأتى الوجهان فى كونه على الفور أو إلى ثلاثة أيام فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

**والصحيح**: عند الرافعى ومن وافقه: أن ذلك على الفور، فالبناء حينئذ متجه.

والمختار: أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى - إن شاء الله تعالى - تقريره، والجمهور ههنا أن متى علم المشترى بالتصرية حالة العقد؛ لا يثبت الخيار، وأن ذلك خيار ثبت لأجل النقص.

ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا فى حالة العلم، ويحتاجون إلى دليل فى ذلك بأن اللفظ متأول[1]، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه.

وقوله: «فهو بالخيار.. إلخ» هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة، ونقل العبدرى القول به - أيضا - عن ابن عباس وابن عمر وأنس.

وممن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعى ومالك والليث وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجى وأبو عبيد، وجمهور أهل الحديث.

واتفق جميع أصحابنا على ذلك تبعا لإمامهم، وخالف فى ذلك أبو حنيفة ومحمد، [وما لا يعدم بموت الخيار][2] ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك، ذكر العتبى من سماع أشهب عن مالك: أنه سئل عن قول رسول الله ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ مُصَرَّاةً فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا إنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ» فقال: سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن قيل له: نراك تضعف الحديث.

فقال: كل شىء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته.

---

(١) فى أ: شامل.
(٢) سقط فى ط.

قال ابن عبد البر: هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلا ثقة، ولكنه عندى اختلاف من رأيه.

**قلت**: وإن صحت هذه الرواية عن مالك فينبغى أن يؤول قوله: «ليس بالثابت» على الحكم لا على الحديث، فإنه صحيح عنده بلا إشكال، وقد أودعه الموطأ والمشهور عنه خلاف هذه الرواية، فالقول بمقتضى الحديث.

وقال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بهذا الحديث؟ قال: نعم، قال مالك: أو لأحد فى هذا الحديث رأى؟ قال ابن القاسم: وأنا أخذته، إلا أن مالكا قال لى: أرى لأهل البلدان إذا أنزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم.

قال: وأهل مصر عيشهم الحنطة، وقال ابن عبد البر فى التمهيد: إن الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم، وإن رواية أشهب منكرة، والله أعلم.

أما الاستدلال فدليلنا فى المسألة: الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود، والمعنى فى ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الأصول، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين إن شاء الله تعالى.

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله حالة البيع، فظن المشترى أنه أبدا كذلك، ثم علم، فإنا أجمعنا على ثبوت الخيار، واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع إلى طريقتين: طريقة الرد وطريقة التأويل.

**الأول**: أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الأصول المعلومة، وما كان كذلك لم يلزم العمل به، أما كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه:

**أحدها**: أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده.

**وثانيها**: أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله.

**وثالثها**: أنه جعل القيمة تمرا، وهى إنما تكون ذهبا أو ورقا.

**ورابعها**: أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة والنقصان.

**وخامسها**: أن اللبن إن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد، وإن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشترى، فلا يضمنه وإن كان مختلطا: فما كان موجودا منع الرد، وما حدث لم يجب ضمانه.

**وسادسها**: إثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول، فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث.

**وسابعها**: يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع فى بعض الصور، وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعا من تمر، فإنها ترجع إليه مع الصاع الذى هو مقدار ثمنها.

**وثامنها**: أنه مخالف لقاعدة الربا فى بعض الصور، وهو ما إذا اشترى شاة بصاع، فإذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذى هو الثمن، فيكون قد باع شاة وصاعا بصاع، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم، فإنكم تمنعون مثل ذلك.

**وتاسعها**: أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط؛ لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية.

**وعاشرها**: أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسطا من الثمن وإلا لجاز إفراده بالعقد كالثمن، وإذا لم يأخذ قسطا من الثمن لا يضمن.

وأما المقام الثانى: وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها، وخبر الواحد مظنون، والمظنون لا يعارض المعلوم.

**العذر الثانى لكم**[1]: أن هذا الحديث من أخبار أبى هريرة، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار.

وأما فى الأحكام فلا يقبل، وتارة يقولون: إنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس، والصحابة ينقلون بالمعنى، ولا ثقة برواية غير الفقيه.

**العذر الثالث**: دعوى النسخ فى هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة.

**العذر الرابع**: أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف فى ألفاظه، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية.

**العذر الخامس**: فى مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله، وحمله على

---

(١) فى أ: لهم.

ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار، فالشرط فاسد، فإن اتفقا على إسقاطه فى مدة الخيار مع العقد، وإن لم يتفقا بطل، وأما رد الصاع، فلأنه كان قيمة اللبن فى ذلك الوقت.

والجواب فى ذلك:

**أما الأول** فبالظن فى المقامين جميعا، أما قولهم: إنه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول، وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول، وهذا الخبر إنما يخالف قياس الأصول، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد؛ لأنه أقوى منه، ولهذا قال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: إن القياس: أن الأكل ناسيا يفطر، ولكن ترك القياس بخبر أبى هريرة «أطعمه الله وسقاه»[١] وقبل أبو حنيفة خبر أبى فزارة فى جواز التوضؤ بالنبيذ، وخبر زاذان فى إبطال طهارة المصلى بالقهقهة مع أنهما إنما خالفا قياس الأصول، ورد خبر التصرية وبيع العرية؛ لأنهما خالفا أصول القياس عنده.

وصاحب هذه الطريقة ينازعه فى ذلك ويقول: إن ذلك إنما هو مخالف لقياس الأصول كالأول، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول.

ومنهم من لا يسلم أن مخالفة الأصول - أيضا - قادحة، ويقول: إن [كل][٢] ما ورد النص به فهو أصل بذاته، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة، والغرة فى الجنين وغير ذلك، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل.

والصواب: العمل بها جميعا، ويعتبر كل أصل بنفسه، وصاحب هذه الطريقة يقول: إنه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول، وكلاهما لا يوجب الرد، والأحاديث التى ذكروها فى التصرية والقهقهة وغيرها سواء فى ذلك، مع أن خبر التصرية أصح.

واعلم أن الأصول المختلف فى رد الخبر بها هى المستنبطة التى تكون فى نفسها محتملة.

أما الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والإجماع أو الأصول التى فى

(١) تقدم فى كتاب الصيام فراجعه.
(٢) سقط فى ط.

معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأفيف، فإذا ورد الخبر بخلافه رد، ويعتقد أنه لم يصح؛ لأن النبى ﷺ لا يقول ما يخالف ذلك، هكذا قاله الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، فهذان جوابان إجماليان عن دعوى مخالفة الأصول. (ومنهم) من سلك فى الجواب عن ذلك طريق التفضيل، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التى ذكروها، بل فى الأصول ما يشهد له ويعاضده.

أما غرم القيمة مع إمكان الرد فإن رد اللبن فى التصرية غير ممكن لوجهين.

**أحدهما**: نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث.

**والثانى**: أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث فى الضرع بعده على ملك المشترى، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه.

**وعن الثانى والثالث والرابع**: وهو غرامة القيمة مع وجود المثل، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره، إن كان مجهول القدر مجهول الوصف جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدر فى الشرع، من غير مثل ولا تقويم، وقد وجد ذلك فى مواضع.

منها الحر يضمن بمائة من الإبل.

ومنها الجنين يضمن بالغرة، ويستوى فيه الذكر والأنثى. ومنها المقدرات من جهة الشرع فى الشجاج كالموضحة مع اختلافها بالصغر والكبر.

ومنها جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقدين، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل، والعدول فى الأمور التى لا تنضبط إلى شىء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعا للخصومة والتشاجر، وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية، والتمر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالإبل؛ لأنها غالب أموالهم.

**وعن الخامس**: وهو إيجاب الرد مع ما حدث فى يد المشترى من النقص من وجهين.

**أحدهما**: أن النقص حادث فى اللبن دون الشاة، وهو إنما يرد الشاة دون اللبن.

**والثانى**: أن النقص الحادث الذى لا يتوصل إلى معرفة العيب إلا به لا يمنع من الرد، كالذى يكون مأكوله فى جوفه إذا كسر.

**وعن السادس**: وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول، بأن الشىء إنما يكون مخالفا لغيره إذا كان مماثلا له، وخولف فى حكمه، وهاهنا [هذه][1]

---

(١) سقط فى ط.

الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هى التى يتبين بها لبن الحلبة المجتمع بأصل الخلقة، واللبن المجتمع بالتدليس، فهى مدة يتوقف على العلم عليها غالبا، بخلاف خيار الرؤية والعيب، فإنه يحصل من غير هذه المدة فيهما، وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب، وعلى أن لنا فى تقييد خيار المصراة خلافا سيأتى - إن شاء الله تعالى - وإنما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له.

**وعن السابع**: وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة أوجه:

**أحدها**: أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة، فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

**الثانى**: أن الحديث وارد على العادة والعادة ألا تباع شاة بصاع.

**الثالث**: أن ذلك غير ممتنع كما إذا باع سلعة بعبد، قيمة كل منهما ألف، ثم زاد العبد وبلغت قيمته ألفين، ووجد المشترى بالسلعة عيبا فيردها، ويسترجع العبد وقيمته ألفان، وذلك قيمة الثمن والمثمن.

**وعن الثامن**: وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر فى العقود لا فى الفسوخ ولا فى ضمان المتلفات.

**وعن التاسع**: وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس، كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه لها، وكما لو سود الشعر، فإن العيب إنما أثبت الخيار؛ لأنه ينقص الثمن به، والتدليس كذلك، ونحن نقول: إن هذا التدليس نفسه عيب.

**وعن العاشر**: وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن فى الإناء.

وقولهم: لو قابله قسط من الثمن لجاز إفراده بالعقد، منقوض بأساس الدار، وأطراف الخشب التى فى البناء، لا يجوز إفرادها، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن.

وأما الحمل قلنا: فيه قولان، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما: بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم، فهو بمنزلة اللحم المخلوق فى الجوف

بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم: إنه مخالف لقياس الأصول، ولئن سلمنا مخالفته لذلك، فالجواب: ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم.

وقولهم: إن تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع، فإن تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل، فإن تلك الأصول عامة، والخبر خاص، والمظنون يخصص المعلوم. وأما العذر الثانى: وهو كونه من رواية أبى هريرة، فلولا ذكره فى الكتب والاحتياج إلى الجواب، لكنا نستحيى من ذكره، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية، أو نسمعه فى أحد من الصحابة، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله ﷺ بالمحل المعلوم، ودعا له النبى ﷺ أن يحببه الله وأمه إلى كل مؤمن ومؤمنة، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم: «امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»[1] حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا ﷺ، وفضائل أبى هريرة ومناقبه مشهورة، والمخالفون فى حكم هذه المسألة إنما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه، وهذا ليس بصحيح، فإن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - استعمله على البحرين، ولم يكن عمر - رضى الله عنه - ليولى غير فقيه، وكان أبو هريرة على المدينة فى خلافة معاوية.

أترى كان يحكم بغير فقه؟ وقد نقلت عنه فتاوى.

وقد روى عبد الرزاق فى مصنفه عن عمر بن راشد عن يحيى بن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان: «أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة، فقال ابن عباس: إحدى المعضلات يا أبا هريرة، فقال أبو هريرة: واحدة تبينه أو ثلاث تحرمها، فقال ابن عباس: زينتها يا أبا هريرة أو قال: نورتها أو كلمة تشبهها يعنى أصاب» ففتياه بحضور ابن عباس، وقول ابن عباس فى ذلك دليل - أيضا - على فقهه.

ولو فرضنا - وحاشا لله - أنه غير فقيه، فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى يمنع من إحالة المعنى، ثم إن المخالف قبل خبر أبى هريرة فى مواضع من جملتها فى النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين

(١) يأتى تخريجه.

المرأة وخالتها، ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة، وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة، فقبلوا خبره فى ذلك، وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فأيهما أعظم؟ مخالفته لعموم الكتاب؟ أو مخالفته لقواعد متنازع فى عمومها؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب؟.

ثم إن حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما تقدم، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود، الإمام المجمع على فقهه وعلمه، وإن كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود، كما هو فى صحيح البخارى، لكن طريق الرفع - أيضا - جيدة، وعلى طريق كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها، وقد روى رفعه من غير طريق الإسماعيلى المتقدمة، ذكرها الماوردى أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن سليمان التيمى عن أبى عثمان النهدى عن عبد الله بن مسعود عن النبى ﷺ وهذه إذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا، هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة المبينة: أن ذلك غير خارج عن القياس، وإن لم يصح طريق الرفع فى رواية فكونه من كلامه صحيح بلا إشكال، وقول الصحابى عندهم حجة لا سيما ابن مسعود، وطريق فقههم ترجع إليه، فإن لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون عاضدا لحديث أبى هريرة على زعمهم.

وأما نحن فلا نقول: إن الحديث يحتاج إلى شىء يعضده، والله أعلم.

وأما الاعتذار الثالث: وهو دعوى النسخ، فذلك من أضعف الاعتذارات؛ لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل.

وأما الاعتذار الرابع: بالاضطراب، فإن الألفاظ المختلفة التى وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه، والألفاظ التى صحت كلها لا تناقض فيها، بل الجمع بينها ممكن ظاهرا.

وأما الاعتذار الخامس: واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط، فذلك لا يصح لأربعة أوجه:

**أحدها**: أن النهى عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط، فصار ذكر التصرية لغوا.

**الثانى**: أنه جعل الرد للمشترى وحده، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما؛ لأن

البيع حينئذ يكون فاسدا، قاله الماوردى وغيره، وفيه نظر، فإنه إذا شرط فى الشاة المبيعة أنها تحلب مقدارا فنقصت عنه، فإنما يثبت الرد للمشترى لا للبائع، وذلك على وجه سيأتى فى كلام المصنف بصحة البيع.

**والشرط الثالث**: أنه جعل الرضا موجبا للإمضاء، والسخط موجبا للفسخ والرد، ولم يجعله متعلقا بإسقاط الشرط.

**والرابع**: أنه أوجب فيه رد صاع من تمر، وإسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر، قال هذه الأوجه الماوردى - رحمه الله - وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره، فقد بان - بحمد الله تعالى - صحة ما ذهبنا إليه وجمهور العلماء، واندفع ما تعلق به الخصم فى دفع ذلك.

وأما أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم فى الأجوبة المتقدمة، وبعضهم يأبى ذلك، ويروى[1] الاستناد فى ذلك إلى الحديث، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط.

قال الغزالى فى المآخذ: والإنصاف أولى من العناد، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيار: وقد سلم ما وجد حالة العقد، ولم يتخلف إلا منفعة فى المستقبل، فالاعتماد على الحديث، وهو صريح لا تأويل له، والله تعالى أعلم.

وقول الغزالى هذا: أنه لو لم يرد الحديث، لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه، فإنا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث، فهو العمدة مع فهم المعنى فيه، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه، وهذا الذى قاله الغزالى خالف فيه الإمام، فإنه قال فى النهاية: إن قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس، وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيخ الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام فى هذه المسائل إن شاء الله تعالى.

أما رد الصاع فالإمام موافق على أنه خارج على القياس، والله تعالى أعلم.

وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبى عبيد القاسم بن سلام أنه قال فى كتابه المسمى بالحجر والتفليس: ناظرت محمد بن الحسن، واحتججت عليه بحديث أبى

---

(١) فى أ: ويرى.

هريرة: «وَأَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»(١) فقال: هذا من أخبار أبى هريرة، فكان ما هرب إليه أشد عليه مما هرب منه، قال القاضى أبو الطيب: فإن قال يعنى الذى رده: إنه يكثر الحديث عن النبى ﷺ فالجواب: أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه، وغزارة حفظه وسعة علمه، وكان الشيخ أبو محمد البافى يجيب عنه بقول البحترى:

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعتذر

وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن إكثار الحديث، فإنه كان يلزم رسول الله ﷺ ودعا له النبى ﷺ بالحفظ.

**فرع**: فى علة هذا الخيار وجهان:

**أحدهما**: التدليس الصادر من البائع.

**والثانى**: الضرر الحاصل للمشترى بإخلاف ما وطن نفسه عليه، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير إذنه، والأصح عند صاحب التهذيب: ثبوته، وبه قطع القاضى حسين وقطع الغزالى بخلافه فى الوجهين فيما إذا تحفلت بنفسها، وفى الوسيط حكى الوجهين، وجعل الأولى عدم الثبوت، وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما.

فرجح البغوى والقاضى حسين الأول، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين، ممن صرحوا أن التصرية عيب، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم، فإنه قال: «فَإِذَا حَلَبَهَا ثُمَّ أَرَادَ رَدَّهَا بِعَيْبِ التَّصْرِيَةِ» وقال أيضًا: «فَإِنْ رَضِى الَّذِى ابْتَاعَ الْمُصَرَّاةَ أَنْ يُمْسِكَهَا بِعَيْبِ التَّصْرِيَةِ» ورجح الغزالى الثانى، وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه.

والمراد بتحفلها بنفسها: أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض، فإن اللبن يجتمع فى ضرعها إذا لم يصل إليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشترى، فهو فى معنى الشد بلا خلاف.

قال ابن الرفعة: ولهذا قال بعض الشارحين: وليس شد الأخلاف شرطا، بل هو الغالب، وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصدا.

**قلت**: وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد، وقد تقدم التوفيق بينه

(١) يأتى تخريجه.

وبين تفسير الشافعى والتى صراها أجنبى بغير إذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها، وإن لم يصح إطلاق اسم المصراة عليها، فهى كهى فى المعنى من جهة الظن الناشئ من رؤيتها، فظن السلامة فى غيرها.

وأما إلحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد، ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا، ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر إلى أن المأخذ التدليس، أو ظن المشترى؟.

فعلى الأول لا يثبت الخيار؛ لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس، وعلى الثانى يثبت لحصول الظن.

والراجح من ذلك: ثبوت الخيار نظرا إلى المعنى، وفوات ما ظنه المشترى، ولو شد أخلافها قصدا لصيانة لبنها عن ولدها فقط، قال ابن الرفعة: فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها.

قلت: وهى كالمسألة التى حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن فى تلك الزيادة النسيان، وهو ليس بشرط، فإنه إذا كان القصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة، وليس لقائل أن يقول: إن التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع، وهو عالم به؛ لأن هذا المعنى حاصل فيما إذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيرى، لا فنقل المسألة عنه أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها، ثم اعترض بأنه ينبغى أن يكون هذه من صور الوفاق.

وهذا الاعتراض لو كان الأمر كما نقله صحيح؛ لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان، فإذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما إذا تحفلت بنفسها، والمسألة التى نقلها القشيرى واحدة، والمسألة التى نقلها ابن الرفعة عن القشيرى بحسب النسخة التى وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغى الجزم بالخيار فيها، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما؛ لأنهما ليسا فى كلام الأصحاب صريحا فيما علمت، والله أعلم.

فرع: لا خلاف أن فعل التصرية حرام بهذا القصد لما فيها من الغش والخديعة، والخداع محرم فى الشريعة قطعا، وهل يختص إثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا؟ لأنه ظاهر المفسدة، قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون الكلام فيه كما فى النجش.

قلت: والذى اختاره الرافعى فى النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص، وحكى البيهقى من كلام الشافعى ما يقتضى ذلك، والله أعلم.

وهذا الذى ذكرت من نفى الخلاف فى تحريم التصرية، هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم، وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبى حنيفة جوازه، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت فى كلام بعض الأصحاب أنها حرام، وينبغى أن يحمل ذلك على ما إذا كانت تضر بالحيوان، أما إذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد، فلا معنى للتحريم، وبعض الأصحاب الذى أشرت إليه هو صاحب التتمة، فإنه لما تكلم فى إلباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية، قال: إلباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه، وأما ترك حلب اللبن من غير [قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته][١].

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال: يتقدر الخيار بثلاثة أيام، فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة، ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور، فإن لم يرد سقط خياره؛ لأنه خيار [ثبت][٢] لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب».**

**الشرح**: الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروروذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم، قال: من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين، حتى لا يشك فيها، فلو كان الخيار إنما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال: الخيار حتى يعلم أنها مصراة طال[٣] ذلك أو قصر، كما يكون له الخيار فى العيب إذا علمه بلا وقت طال[٤] ذلك أو قصر، ونقله الرويانى عن نصه فى الإملاء أيضا، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث، ويقتضى إيراد الرويانى فى البحر وابن

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: قل.
(٤) فى ط: قل.

سراقة فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه، وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة، وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال فى كلامه، والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط.

**والثاني**: وهو أنه على الفور على قول أبى على بن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما، وصححه الفارقى تلميذ المصنف والبغوى فى التهذيب والرافعى والخوارزمى فى الكافى وابن أبى عصرون فى الانتصار، وقال الرويانى فى الحلية: إنه القياس والاختيار، وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد إذا طلع على التصرية فى الثلاث، وإنما الخلاف بينهما فى كونهما على الفور أو يمتد إلى آخرها، وفى المسألة وجه ثالث قاله أبو إسحاق: أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا، وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد، وهكذا حكاه الرويانى والبندنيجى، وسيأتى فى آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الأوجه.

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا، والوجه الأول والثالث يشتركان فى اعتبار [الشرع][1] الثلاث فى التصرية فهى ثابتة بالشرع من غير شرط ويفترقان، فأبو إسحاق يقول: المقصود بها الوقوف على عيب التصرية، فإنه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين، فإذا حصلت الحلبة الثالثة عرف الحال، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفور.

وأبو حامد يجعل الخيار فى الثلاث كالخيار الثابت بالشرط، ويدل له قوله ﷺ: «فهو بالخيار ثلاثة أيام»[2] جعل الثلاثة ظرفا للخيار، وهو مخالف لما قاله أبو إسحاق وكلا الوجهين مباين لقول ابن أبى هريرة، فإن ابن أبى هريرة يقول: إن الخيار ثلاثة أيام. إنما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك، والتصرية موجبة للخيار على الفور؛ لأنها عيب من العيوب، فبين قول ابن أبى هريرة، وقول أبى إسحاق اشتراك فى جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت على الفور، وافتراق فى أن ابن أبى هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم الشرط أصلا، وأبو إسحاق يعتبرها، ولذلك

(١) سقط فى ط.
(٢) تقدم.

فإنه إذا اطلع على التصرية بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبى هريرة ولا يثبت عند أبى إسحاق.

وتأويل ابن أبى هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه.

وقول أبى حامد وابن أبى هريرة متباعدان جدا، ولكن بينهما اشتراك واحد فى جعل الخيار فى الثلاثة الأيام فى صورة الشرط، وتلخيص هذا: أن خيار التصرية عند أبى حامد خيار شرع، وعند أبى إسحاق وابن أبى هريرة خيار عيب، وخيار الثلاث عند أبى حامد بالشرع، وعند ابن أبى هريرة بالشرط، وعند أبى إسحاق بالعيب.

وأصحهما وأوفقهما للحديث ولنص الشافعى قول أبى حامد، والأصحاب نقلوا عنه: أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين، وقد رأيته فيه كما حكاه.

وقد قدمت من حكاه أيضا، ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعى - رحمه الله - فى التصحيح، فإنى رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصحح شيئا، والذين صححوا قد ذكرتهم، وهم مختلفون فى التصحيح، وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة، والرافعى تبع فى ذلك البغوى، وهو معارض بالصيمرى والجورى، ومعنا الدليل من الحديث، ونص الشافعى، واعتذر البغوى عن الحديث بأنه بنى الأمر على الغالب؛ لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة أيام، ويحمل نقصان اللبن فى اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك، وهذا الاعتذار يوافق قول أبى إسحاق، وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور إذا اطلع قبل مضى الثلاث فلا يناسب ذلك، ولو كان الحديث على الغالب لقال: «فهو بالخيار ثلاثة أيام»، فإذن هذا العذر مع تصليح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا، لكن ههنا تنبيهات:

**إحداها**: ما يمكن أن يكون مستندا لأبى إسحاق وابن أبى هريرة.

أما أبو إسحاق: فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذى أورده المصنف - رحمه الله - وكذلك أورده جماعة من الأصحاب فى كتبهم الفقهية، وهو قوله: «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا» فإن هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت له الخيار، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث؛ لأن الحديث لم يدل عليه على هذا التقدير، ولا يمتد بعد الثلاث، بل يكون على الفور؛ لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار حينئذ، فلا يمتد لأمرين:

**أحدهما**: عدم الدليل عليه، والأصل الملزوم.

**والثانى**: القياس على ما سواه من العيوب.

لكنا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها فى شىء من الروايات فتعذر هذا البحث، وبتقدير الصحة فذلك محتمل؛ لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين، ويكون الحلب مطلقا غير مقيد بالثلاث، ويؤيده الرواية التى فيها التصريح بإثبات الخيار ثلاثا، لكنى سأنبه فى التنبيه الثانى على زيادة فى ذلك، فليكن المستند فى رد ذلك عدم صحة الحديث.

وأما ابن أبى هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور، فيحمل ورود الثلاث فى الحديث على ما إذا شرط الخيار ثلاثا، وهذا منه يشبه ما ذهبت إليه الحنفية فى بعض اعتذاراتهم عن الحديث، وإن لم يكن موافقا فيما ذكروه فى رد الصاع، وقوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط، ثم يقال لابن أبى هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات إلى مخالفة القياس، فليكن معمولا به فى أن هذا الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، ولا يقاس على ما سواه من العيوب، فإن هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور، بل إن لم يكن فى مسألة العيب إجماع ولا نص يقتضى الفور، فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التى ورد فيها النص، وإن كان فيها نص أو إجماع فهو عام، وهذا خاص، والخاص مقدم على العام، فلا مستند حينئذ لهذا الوجه، وهو الذى صححه البغوى والرافعى، ولا لقول أبى إسحاق الذى قبله.

والصواب الصحيح المنصوص: قول أبى حامد المروروذى، وقول ابن أبى هريرة يشهد له من جهة المذهب شىء، وهو أن فى كلام الشافعى ما يقتضى أن خيار الشرط ثلاثا فى البيوع، مأخوذ من حديث المصراة، فلو كان عند الشافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا فى البيوع، ويحتمل أن يقال: إن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه، وهذا أقرب إلى ظاهر الحديث، فإنه ليس فيه تعرض للشرط، والله - تعالى - أعلم.

التنبيه الثانى: أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله، على الاحتمال المقابل لما أبديته فى مأخذ أبى إسحاق يقتضى إثبات الخيار ثلاثة أيام، ابتداؤها بعد الحلب، وهذا لا أعلم أحدا قال به، - لا أبا حامد ولا غيره - إلا أبا بكر بن المنذر

فإنه قال: له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث، وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره - إن شاء الله تعالى - لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح، والله أعلم.

التنبيه الثالث: أن الألفاظ الصحيحة فى الحديث ورد فيها «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» وفى الألفاظ الصحيحة فى زواية أخرى «فهو بالخيار ثلاثة أيام» فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب.

واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام.

ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداؤها من الحلب، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر.

وإما أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر.

وإما أن يجعلا متعارضين، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام.

والجواب عن هذا أن قوله: «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» محمول على الغالب لأن الرضا والسخط إنما يكون بعد الحلب، وتبين الحال، والحلب الغالب أنه يقع فى الثلاثة، فإثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله: «بعد أن يحلبها» فعملنا بالزائد المبين، وحملنا الآخر على الغالب، وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله: «فهو بالخيار ثلاثا» على الغالب، فإنه يأباه اللفظ، واللائق بإرادة ذلك المعنى أن تقول: فهو بالخيار بعد ثلاث.

التنبيه الرابع: أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف فى هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب؟ فالأول قول أبى حامد، والثانى قول أبى إسحاق، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب، والأول قول ابن أبى هريرة، والثانى قول أبى إسحاق، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا إسحاق فى أصل الخيار خيار عيب، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية، بل بشرط المتعاقدين، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار عند أبى حامد بالشرع لا بالعيب، وفرعوا على ذلك فروعا سأذكرها - إن شاء الله تعالى - وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون إلا على الفور.

وأنت إذا تأملت ما قدمته فى جواب ابن أبى هريرة فى التنبيه الأول توجه ذلك

المنع لذلك، فإنا نقول: لا تنافى بين الأمرين، وما المانع من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط؟ لأنه غالبا إنما يظهر فيها، ولا يحتاج إلى أكثر منها، ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذى لا يعقل له معنى، فهذا أقرب إلى المحافظة على اتباع النصوص والمعانى، وقد قال الماوردى فى الإقناع: إن التصرية عيب يرد بها المشترى إلى مدة ثلاثة أيام، وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا، لكنه ليس نصا فيما أقوله، فإنه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له التصرية فى الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها، وهو قول أبى إسحاق ولذلك لم أورده ولم أروه، ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمرى فى إثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت الإشارة إليه، وقد يظهر لهذا البحث أثر فى التفريع الذى سنذكره إن شاء الله تعالى.

التنبيه الخامس: أنه تقدم عن الغزالى التردد فى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف.

وههنا فى الأوجه الثلاثة جعلناها راجعة إلى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب؟ ولم يذكر الخلف.

فالجواب: أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان فى أن كلا منهما على الفور، وإنما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل البائع كتحفل الشاة بنفسها، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت؟ فالذى يقول ههنا بأنه على الفور، لا يختلف نظره، وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء.

التنبيه السادس: أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب وغيره ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها، وتخريج ذلك على أنه يسلك به مسلك العيب، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب هنا أنه على الفور، وأما على ما صححته ونص الشافعى عليه وقاله أبو حامد من أن الخيار بالشرع، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا؟ فإن كان مستمرا فلا مستند له، فإن الحديث لم يشمل إلا التى صريت، وإلحاقه بالعيب لا يقتضى إثبات الثلاث، وإن لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب، وقد تقدم موافقته هناك، وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا، فأحد الأمرين لازم.

إما مخالفة صاحب التهذيب هناك، وإما موافقته هنا.

والجواب: أنه يثبت الخيار ثلاثا؛ لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا، وهو فوات الظن، وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وأن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته ههنا فى عدم اعتبار الثلاث، لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث.

التنبيه السابع: أن قول أبى إسحاق المذكور وقع فى نقله ما ينبغى التثبت فيه، فمنهم من يجعله كما حكيته فيما تقدم، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد.

وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث بإقرار البائع أو بينة، وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه، ففيه بعد.

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم، فإنه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها، فقال: منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام؛ لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور، ومنهم من قال هو للتروية كما فى الشفعة فى قول يمتد إلى ثلاثة أيام ومنهم من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثا؛ لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة، فهو على الفور. انتهى.

والقول الثانى فى كلامه: هو قول أبى حامد المروروذى.

والثالث: هو قول ابن أبى هريرة والأول هو - والله أعلم - قول أبى إسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم.

وصاحب التتمة لم يحك إلا قول أبى حامد وقول أبى إسحاق، وصرح على قول أبى إسحاق بأنه إذا علم التصرية بإقرار أو تنبيه وأخر الفسخ بطل خياره، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبى إسحاق كالرويانى وغيره، على أنه يمتنع عليه الرد إذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين؛ لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل فى العلف أو لبدل الأيدى.

أما إذا حصل العلم بقول البائع أو ببينة فلا مانع من ثبوت الخيار وحينئذ يكون فى هذا موافقة لابن أبى هريرة فى ثبوت الخيار فى الثلاثة على الفور إذا حصل العلم،

لكنه مع ذلك يخالفه فى أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار إذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث.

وأبو إسحاق لا يثبته على ما حكاه الرويانى، ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة.

مع أن منع الرد بعد الثلاث - أيضا - مع وجود العيب بعيد.

والذى حكاه الماوردى تفريعا على قول أبى إسحاق أن له الرد إذا اطلع بعد الثلاث، ولم يحك الخلاف إلا بين أبى حامد وأبى إسحاق، قال: ثبت عن أبى إسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه، فالخلاف بين ابن أبى هريرة وأبى إسحاق متحقق، وإن كان أبو إسحاق يقول بالرد بعد الثلاث - أيضا - كما قاله الماوردى، وقبلها، كما قاله القاضى حسين، فحينئذ يتحد قوله وقول ابن أبى هريرة، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الرويانى.

ولم يحك الخلاف إلا بين أبى إسحاق وابن أبى هريرة، وأبو حامد لا يرد نقله، فهى ثلاثة أوجه محققة، ويبعد كل البعد أن يقال إنها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى إسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث، وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه. فيكون ذاك قولا مغايرا للثلاثة، وبه تصير أربعة.

هذا بعيد لا ينبغى المصير إليه، وليس ذلك إلا للاختلاف فى النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة.

ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى إسحاق وابن أبى هريرة لكنت أقول: إن كلامهما يرجع إلى معنى واحد، وهو أن الخيار على الفور، وإنه وجه واحد مقابل لوجه أبى حامد.

وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبى إسحاق وابن أبى هريرة، والله - تعالى - أعلم.

التنبيه الثامن: أن قول المصنف: ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور» يحتمل أن يكون مراده إذا علم بالتصرية فى الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا.

فإن كان المراد الثانى فالقول المذكور وهو قول ابن أبى هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور.

ويكون قول أبى إسحاق حينئذ قولا ثالثا فى المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته.

وإن كان المراد الأول، وإن فرض المسألة فى الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبى هريرة باتفاق الناقلين، وهو قول أبى إسحاق - أيضا - على ما تقدم عن القاضى حسين، فإنه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور، ولا يكون حينئذ فى مسألة الكتاب إلا وجهان، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتا عنها، وفيها - أيضا - وجهان بين ابن أبى هريرة وأبى إسحاق، فهما متفقان قبل الثلاث، [مختلفان بعدها وأبو حامد يخالفهما قبل الثلاث][1] ويوافق أبا إسحاق فى امتناع الرد بعدها.

التنبيه التاسع: أن اتفاق ابن أبى هريرة وأبى إسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث إذا حصل العلم بإقرار البائع وببينة ظاهر لا إشكال فيه، ولا شك أن أبا إسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم، وأما ابن أبى هريرة فلم يصرحوا عنه فى ذلك بشىء، ويحتمل أن يكون موافقا لأبى إسحاق فى ذلك، فإن الحكم بإحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال إحالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدى غير مجزوم به، ويحتمل أن يكون ابن أبى هريرة مخالفا لأبى إسحاق فى ذلك، ويكتفى فى جواز الرد بظهور ذاك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه فى الثلاث، فيكون ابن أبى هريرة وأبو إسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض.

التنبيه العاشر: قول المصنف: «إذا علم» يحتمل أن يريد به حقيقة العلم بإقرار البائع أو بالبينة، وذلك يسمى علما فى الحكم، وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبى هريرة وأبى إسحاق فى جواز الرد قبل الثلاث، ويحتمل أن يريد به مطلق الإطلاق[2]، ولو بدلالة الحلب، فيعود فيه الكلام الذى قدمته الآن، والله - تعالى - أعلم.

التفريع: لو اطلع على التصرية بعد الثلاث فعلى قول أبى حامد قالوا ليس له الرد

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الاطلاع.

لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط، فيفوت بانقضاء الثلاث وعلى قول ابن أبى هريرة وأبى إسحاق فقد تقدم حكمه، وقال الجورى: إذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب، وإنما جعل الثلاث فسحة له إذا علم فى أول يوم بالتصرية، أو فى الثانى أن يؤخر الرد إلى الثلاث، وينقطع بآخر الرد بعد ثلاث.

وأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب، وهذا حسن، ويوافقه ما سنذكره عن الإبانة والوسيط، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية، فعلى قول [ابن أبى هريرة وأبى إسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم إلا][1] أبا حامد، قالوا: يثبت له الخيار لأنه خيار شرع، وشبهوه بما إذا تزوجت عنينا عالمة بعنته، وعلى قول ابن أبى هريرة وأبى إسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر فى المستظهرى.

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالما بالتصرية ميل إلى جانب التعبد، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبى حامد حتى الماوردى، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين إثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب، ويؤيده ما تقدم عن الشافعى - رحمه الله - أنه صرح فى الأم بأن التصرية عيب، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته.

ومقتضى ذلك أنه إذا اطلع بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور كسائر العيوب، مع قولنا: إن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، وإن كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط، وقد يتفق أن المشترى يغفل عن ملاحظتها فى مدة الثلاثة الأيام بأن يكون فى يد وكيله أو البائع أو غيرهما، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون[2] تناقص اللبن فى الحلبات الماضية.

وأما إذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال: ثبوت الخيار كما ذكروه فى التفريع على هذا القول مع كونه عيبا؛ لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته فى العادة

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: و.

إلا بالثلاث، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا، فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلى، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول، كما يقول فى بيع العين الغائبة إذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية، ولا ينفذ إجازته على الأصح على قول بيع الغائب، فكذلك ههنا، وفى ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه إثبات الخيار مع العلم، ولا يلزم منه إسقاط الخيار إذا اطلع على التصرية بعد الثلاث.

ومما يرشد إلى المعنى فى ذلك ما ورد فى الحديث: «بَيْعُ الْمُحَفَّلَاتِ خِلَابَةٌ، وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ»(١) روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا إلى النبى ﷺ وموقوفا على ابن مسعود، والوقف أصح، والرفع ضعيف، ولكن حديث أنس بذلك فى المعنى، وهو يرشد إلى إلحاق هذا الخيار بخيار العيب، كما أن من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة وهى الخديعة وأما الذى يشترط وصفا فى المبيع بحيث إذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة فى البيع على تلك الصورة، وأن التصرية وإن لم تكن من البائع تثبت الخيار؛ لأنه بالبيع معها من غير تبيين مخادع، كما أن بائع العين المعيبة مخادع، وإن كان العيب ليس منه، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار أى وقت اطلع عليه.

ثم فى المصراة معنى آخر، وهو أنه لا يوقف على عيبها فى العادة إلا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب؛ لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض، وينخرم به الخدش على مقدار اللبن الأصلى، فهذا ما ظهر لى فى هاتين المسألتين، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العلم، ويثبت إذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك، وابن المنذر لما نقل عن الشافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام.

قال: وفى مذهب بعض المدنيين: له الخيار متى تبين له أنها مصراة أن يردها.

**قلت**: وهذا هو قول ابن أبى هريرة، وقد خرج صاحب التتمة بأنه إذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما إذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقق ذلك عنده.

---

(١) أخرجه أحمد ١/ ٤٣٣، وابن ماجه ٣/ ٥٧٥ كتاب التجارات باب بيع المصراة (٢٢٤١)، وأخرجه البيهقى فى سننه ٥/ ٣١٧ مرفوعًا وموقوفًا.

وقال الشيخ أبو حامد - رحمه الله -: إذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد إلى ما كان عليه قبل التصرية، فهل له الرد؟ فيه وجهان، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد، وأن الخلاف مقصور على ما إذا رجع إلى ما كان عليه، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما إذا تزوجت عنينا عن غيرها على رجاء ألا يكون عنينا عنها، فإذا تحققت عنته عنها - أيضا - ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار.

لكن الخلاف في مسألة المصراة مطلق؛ لأن مأخذ إثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث، وذلك لا يختلف، نعم يمكن أن يقال: إن جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت في حالة العلم بالتصرية، سواء دام اللبن أو لم يدم، وإن جعلناه خيار عيب فيأتي فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبي حامد، وللمأخذ الذي ذكره من الإلحاق بمسألة العنين.

وفي الإبانة والوسيط الجزم بأنه إن كان بعد مضي الثلاث فالخيار على الفور وإن كان قبله فوجهان، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام، وأنه إن اطلع بعد الثلاث كان على الفور، وهو الذي تقدم اختياري له، لكني لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب.

وما اقتضاه كلام الفوراني المذكور يقوي التمسك به في ذلك؛ لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك، وإنما اقتصرت على قول الفوراني بعد الثلاث، وعلى الوجهين قبله، وكان الأولى في الترتيب في المصنف خلافه، إلا أن يكون عنده وجه بذلك، فيكون موافقا لما اخترته، ويمكن أن يقال: لا حاجة إلى نقله عن غيره، بل كلام الفوراني وحده يكون في إثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث، والتردد قبلها، ومن ذلك يخرج القول المختار وفيه وجهان:

**أحدهما**: له الخيار للتدليس.

**والثاني**: لا؛ لعدم الضرر. والله - تعالى - أعلم.

فرع: إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، فهل ابتداؤها من حين العقد، أو من التفرق، فيه الوجهان في خيار الشرط، هكذا قال الرافعي - رحمه الله - تبعا للشيخ أبي محمد وصاحب التتمة والأصح من الوجهين في خيار الشرط: أن ابتداءه من العقد.

وقد قال الجورى هنا: إن الأصح أن الأول[1] وقت الثلاث من التفرق، قال: لأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك، وقبل التفرق ممنوع من التصرف، وخيار المجلس لهما جميعا، وإذا تفرقا بطل خيار البائع، وحصل للمشترى خيار الثلاث، وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزى التفرق، وعلى مذهب ابن أبى هريرة على وجهين.

**فرع**: لو اشترط خيار الثلاث للبائع فى المصراة، قال الجورى: لم يجز لأن الخيار يمنع المشترى من الحلب وسائر التصرف، وترك الحلب والتصرف فى الشاة يؤدى إلى الإضرار بالشاة، هكذا قاله الجورى، ووقفت عليه فى كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول: لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لمن الملك له؟ فإن حكم بأن الملك للبائع فله الحلب وإلا فللمشترى ولا يحصل بذلك إضرار بالشاة، نعم ذلك يؤدى إلى محظور على قولنا: إن الملك للبائع فى زمن الخيار؛ لأن اللبن الحادث يكون تبعا للملك، وإن تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشترى لدخوله فى العقد واختلاطهما معلوم.

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له فى اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدى إلى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس، فإن مدته قصيرة غالبا، وأيضا فالقول بأن الملك للبائع فى خيار المجلس ضعيف، بخلاف خيار الشرط إذا كان للبائع وحده.

وقد يقال: إن ما علل به الجورى صحيح، وإن التصرف فى المبيع أو فى جزئه، وإن حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع، وإن كان إذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب فى بعض التصرفات.

وأما الحل فلم يذكروه فإن ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجورى؛ لأن التصرف بالحلب تصرف فى المبيع وإذا منعنا من ذلك أدى إلى الإضرار بالشاة كما قال، والله أعلم.

**فرع**: لو اشترط [الخيار][2] للمشترى وحده.

---

(١) فى أ: أول.
(٢) سقط فى ط.

قال ابن الرفعة: فيشبه أن يكون ابتداء الثلاث فى التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشترى.

إذا قلنا عند فقده: أنه من انقضاء خيار المجلس حذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك، قلنا: إن ابتداء خيار الشرط من حين التفرق.

**قلت**: وهذا بعيد لأن التصرية تتبين فى الثلاثة الأولى، فإثبات ثلاثة أخرى لا وجه له، والأولى أن نقول على هذا القول: إنه لا حاجة إلى شرط الخيار للمشترى؛ لأنه ثابت بالشرع، فكان كما لو شرط خيار المجلس، فإن ذلك لغو لا فائدة فيه، والله أعلم.

فإن صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التى يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده، ولا للمشترى وحده، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع - أيضا - أخذا مما قاله الجورى ومما قلته، ويحتمل أن يجوز، ولا يمتنع التصرف بالحلب؛ لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتا، وفى الصورة التى ذكرها الجورى نظر فى أنه إذا كان الخيار للمشترى بالشرع لأجل التصرية، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك [للبائع][1] حينئذ أو لا؟ لا؛ لاختلاف سببهما وهو الظاهر، والله أعلم.

**فرع**: إذا اشتراها وهى مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذى أشعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى، ففيه وجهان:

**أحدهما: له الخيار للتدليس.**

**والثانى**: لا؛ لعدم الضرر.

قال القاضى أبو الطيب: والأول أصح.

**قلت**: وهذا على رأيه فى أنه خيار عيب، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله، وبالقولين فيما إذا أعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج، وفى تعليق سليم عن أبى حامد، قال الشيخ: أما القولان فعلى ما قال.

(١) سقط فى ط.

وكذلك مسألة العيب، فأما هذه المسألة فلا أعرف لإثبات الخيار وجها لأن نقصان اللبن ليس بعيب فى الأصل، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك.

**قلت**: وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر؛ لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة.

ومن المعلوم أن الكلام فى هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب.

أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك فى الثلاثة فله الرد بلا إشكال، وبنى الجرجانى الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب؟ فإن جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا؛ لأنه لم يخلف، وإن جعلناه خيار عيب فينبنى على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف إلا بعد زواله هل يثبت له الخيار؟.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن اختار رد المصراة؛ رد بدل اللبن الذى أخذه، واختلفت الرواية فيه، فروى أبو هريرة: «صَاعًا مِنْ تَمْرٍ» وروى ابن عمر: «مِثْلَ - أَوْ مِثْلَى - لَبَنِهَا قَمْحًا» واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس ابن سريج: يرد فى كل بلد من غالب قوته، وحمل حديث أبى هريرة على من [غالب][1] قوت بلده التمر، وحديث ابن عمر على من [غالب][2] قوت بلده القمح، كما قال فى زكاة الفطر: «وصاعا من تمر أو صاعا من شعير» وأراد بالتمر لمن قوته التمر، والشعير لمن قوته الشعير.**

**وقال أبو إسحاق: الواجب صاع من التمر لحديث أبى هريرة، وتأول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به.**

**الشرح**: رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما وأن الرواية إلى ابن عمر غير قوية.

**أما الأحكام**: فالمشترى للمصراة إما أن يختار إمساكها وإما أن يختار ردها، وإذا اختار الرد فإما قبل الحلب وإما بعده، وإذا كان بعده فإما مع بقاء اللبن وإما بعد تلفه، فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

وذكر الحالتين الآخرتين: إحداهما فى هذه القطعة من الفصل، والأخرى فى القطعة التى ستأتى فى كلامه إن شاء الله - تعالى - فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصور التى فرضها المصنف وهى ما إذا أراد ردها.

وصورة المسألة إذا كان ذلك بعد الحلب، وكان اللبن تالفا.

فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن، ولا يخرج ردها على الخلاف فى تفريق الصفقة، لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للأخبار الواردة فى الباب، على أن اللبن على رأى لا يقابله قسط من الثمن وسيأتى فى الحالة الثالثة تحقيق النقل فى هذا الرأى ولا أعلم أحدا حكى خلافا فى جواز الرد، إلا ابن أبى الدم فإنه قال: فيه وجه حكاه الإمام: أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة، قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر، ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث.

**قلت**: وهذا الوجه لم أقف عليه فى النهاية.

ولعله اشتبه بالوجه الذى سنذكره فى الحالة الثالثة إذا ردها بعيب غير التصرية.

قال ذلك الوجه فى النهاية، أما ههنا فلا.

ثم اختلفوا فى المضموم إلى المصراة الرد فى جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين، والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى أبو الطيب إلى ابن سريج كما نسبه المصنف - رحمه الله - وأن الواجب عنده فى كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى إلى أبى سعيد الإصطخرى ونسبه الرويانى إليهما.

وقال فى الحلية: إنه القياس، ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد فى تعليق البندنيجى عنه إلى ابن أبى هريرة وهو غريب، ونسبه الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية إلى ابن سلمة.

قال: فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد، فإن صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه، وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه رد التمر إذا لم يكن غالبا.

أو يكون حكمه كما لو عدل إليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر، وفيه خلاف، والجورى جعل محل الخلاف فيما إذا علم الثمن فحكى فيه قولين:

**أحدهما**: يعتبر غالب قوت البلد.

**والثانى**: لا يجوز إلا التمر.

وصاحب التتمة قال: إنه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان:

**أحدهما**: عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره.

**والثانى**: يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر إطلاق الأولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فإنه صور كلامه بأنه يرد التمر.

ثم حكى الخلاف فى تعينه وقيام غيره مقامه، والمراد بعدم الجواز هنا: أنه لا يجبر البائع على قبوله.

أما عند التراضى فسيأتى حكمه إن شاء الله - تعالى -.

فإذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه:

**أحدها**: أنه واجب.

**والثانى**: أنه جائز، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب.

**والثالث**: التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع، أو معدوما فيجوز، ويكون حينئذ هو الواجب، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين، ويحتمل أن يكون اختلافا فى تحقيق قول واحد.

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاه إطلاق الجورى قولين، وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك فى حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتى إن شاء الله - تعالى -.

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك.

وأن النبى ﷺ اختلف لفظه لذلك فقال: «صاعا من تمر بالمدينة» لأن غالب قوتها التمر وكانت الحنطة بها عزيزة وقال: «صاعا من طعام لا سمراء» حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز، وقال: «مثل لبنها قمحا» وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الضرع.

وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته.

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف - رحمه الله

- وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء؛ من تمر أو بر أو شعير أو زبيب، ويكون ذلك على التخيير، نقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول، والله أعلم.

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول: وقوله: «مثلى لبنها قمحا» لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع.

يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنويع، مثل لبنها إن كان كثيرا، وقدر لبنها إن كان كبيرا قدر صاع، أو مثلى لبنها إن كان قليلا، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم.

وممن ذهب إلى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن إسماعيل الإسماعيلى، فإنه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى: وفى قوله: «صاع من تمر لا سمراء» دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ؛ لأن التمر اسم لنوع معروف، وقوله: «سمراء» لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى، فثبت أن المعنى التمر، وما قام مقامه لا يكنى سمراء.

**قلت**: ولا يلزم ذلك.

وليست (لا) متعينة فى الإخراج، وإنما هى هنا عاطفة، مثلها فى قولك: جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة.

فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين، بل يقوم مقامه غيره، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر، وإنما الخلاف [ههنا][1] فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد، وهو الصحيح على القول بعدم [تعين][2] التمر.

قال الإمام: لكن لا نتعدى هنا إلى الأقط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر.

وهذا الذى قاله الإمام يوافقه ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير.

وقوله: إن ذلك فى الأقوات المزكاة وإن كان قد أطلق النقل فى قول الإصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية

---

(١) فى أ: بين هؤلاء.

(٢) سقط فى ط.

الشيخ أبى محمد، واختلف فى التعبير عنه فقال ولده إمام الحرمين وهو أعرف بمراده: ذكر شيخى مسلكا غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب فى طرقهم فقال: من أصحابنا من قال: يجرى فى اللبن على قياس المضمونات فإن بقى عينه ولم يتغير؛ رده وليس عليه رد غيره، وإن تغير رد مثله، فإن اللبن من ذوات الأمثال، فإن أعوز المثل فالرجوع إلى القيمة.

وقد أومأ إليه صاحب التقريب ولم يصرح [به][(١)] وهذا عندى غلط صريح وترك لمذهب الشافعى - رحمه الله - بل هو حيد عن مأخذ مذهبه.

ويبطل عليه مذهب الشافعى فى مسألة المصراة، ولم يبق إلا الخيار فإن اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل، فهو إذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود إليها.

هذا ما ذكره الإمام فى ذلك وهو أعرف بمراد والده والأمر فى تضعيفه كما ذكره فإن ذلك مجانب للحديث والمذهب.

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى - رحمه الله - صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد - رحمه الله - على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل إلى مثل اللبن أو إلى قيمته عند إعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات، وفى هذا تأويل لكلام الشيخ أبى محمد - رحمه الله - وأن مراده[(٢)] يرده إن شاء، وليس عليه رده حتما، وذلك موافق لما سيأتى فى الكتاب فى هذا الفصل أن البائع يجبر - على وجه - على قبول اللبن إذا كان باقيا، ومال ابن الرفعة إلى هذا التأويل، وقال: إن كلام الشيخ أبى محمد - رحمه الله - فى السلسلة ينطبق عليه، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الإمام عنه.

وقوله: إنه يجرى فى اللبن على قياس المضمونات، وأيضا فإن الوجه الذى سيأتى فى كلام المصنف - رحمه الله - إنما هو فى حالة بقاء اللبن، والإمام - وإن كان كلامه عن الشيخ أبى محمد فى حالة بقاء اللبن - أيضا - - لكن قوله: إنه على

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: إيراده.

قياس المضمونات نعم، وأيضا كلام الرافعى فى ذلك: إنما هو فى حالة التلف، فإن حمل على هذا التأويل - على بعده - وأن الواجب الأصلى هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات كما اقتضاه كلام الإمام عنه، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب فى الحالتين أعنى حالة تلف اللبن، وحالة بقائه خلافا لما قاله ابن الرفعة، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب، وإن كان المراد ظاهر ما نقله الإمام، ففى ذلك مخالفة لما نقله الرافعى، وهو فى غاية المصادمة للحديث والمذهب.

قال ابن الرفعة: لكن له وجه، فإن اللبن الكائن فى الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعا لما فى الضرع كما إذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شىء من مال البائع لا قيمة له فإنه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشترى، ولهذا حكى الماوردى طريقة قاطعة بأنه إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت: أن الزيادة تكون للمشترى ككبر الثمرة، وقد حكى الإمام مثل ذلك عن شيخه فيما إذا باع صاعا من اللبن الذى فى الضرع، وقد رأى منه أنموذجا فقال: وكأن شيخى سابق فى التصوير، ويقول: إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الدرة لم يظهر اختلاط شىء به، له قدر به سألاه وإن فرض شىء على ندور لمثله محتمل، كما إذا باع جزة من قرظ.

قال ابن الرفعة: والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره فإنه يقتضى أن الرد بعد ثلاث، واللبن إذ ذاك يكون تالفا فى الغالب، نعم المشكل قوله: عند تعيين اللبن، يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله.

والخبر إذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره، فالغرابة فى هذا، لكنه قياس إيجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة، وإذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته.

**قلت**: وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبى محمد من الجرى على قياس المضمونات فإن ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن، وحمل الحديث على الغالب ثم ذلك غير متجه من وجهين:

**أحدهما**: أن مقتضى ذلك ألا يجوز الرد قبل ثلاث، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب.

**والثانى**: أن غاية ذلك إبداء وجه من القياس لرد اللبن، ونحن لا نذكر أن القياس

قد يقتضى ذلك ولكن المتبع فى ذلك الحديث وهو عمدة المذهب فى ذاك فالعدول عنه خروج عن المذهب، وكلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فإنه قال فى حكاية الوجه: للمشترى جبر البائع على قبول المثل إن كان المثل موجودا، وإلا عدل إلى الدراهم كسائر المتلفات، والله تعالى أعلم.

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعى يجمعها القول بأن التمر لا يتعين، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الإمام: الأربعة الأولى مشتركة فى ذلك، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التى ذكرها، ويقابل ذلك كله الوجه الثانى الذى ذكره المصنف عن أبى إسحاق المروزى [أن الواجب صاع من التمر وهذا الوجه هو الصحيح][(١)] اتباعا لحديث أبى هريرة.

ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد فى السلسلة، والرافعى والنووى وممن نسبه إلى أبى إسحاق كما نسبه المصنف - رحمه الله - الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ وغيرهم.

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردى: على هذا لا يجوز العدول إلى غير التمر، ولو أعوز التمر أعطى قيمته.

وفى قيمته وجهان:

**أحدهما:** قيمته فى أقرب بلاد التمر إليه.

**والثانى:** قيمته بالمدينة.

وقال القاضى أبو الطيب والبغوى عن أبى إسحاق: إنه إن عدل إلى ما هو أعلى منه جاز، وإن عدل إلى ما هو دونه لا يجوز إلا برضا البائع، هكذا قال البغوى وفيه التنبيه على أنه إذا عدل إلى الأعلى جاز من غير رضا البائع، وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر، وكلام أبى الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون، وكأنه راعى فى ذلك القيمة، وكأن البغوى راعى فى ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبى إسحاق وجهان.

والعجب أن الرافعى - رحمه الله - عمدته التهذيب: ولم يحك عن أبى إسحاق ما حكاه البغوى فيه، وإنما حكى عن أبى إسحاق ما حكيناه عن نقل الماوردى، ولم

---

(١) سقط فى ط.

يحك عن الماوردى - أيضا - عند الإعواز إلا اعتبار قيمة المدينة، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى.

فقد اجتمع فى جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه، ولك فى ترتيبها طريقان أحدهما: أن تقول فى الواجب ثلاثة أوجه:

**أحدها**: على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الإمام.

**والثانى**: التمر.

**والثالث**: جنس الأقوات فإن قلنا: بالتمر فهل نعدل إلى أعلى منه أو إلى غالب قوت البلد، [أو يتعين][1] أو يفرق بين أن يكون التمر موجودا فتعين، أو معدوما فيعدل إلى الغالب؟ أربعة أوجه وإن قلنا بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير؟ وجهان.

والطريقة الثانية: أن نقول الواجب التمر، وهل يتعين؟ وجهان فإن قلنا: يتعين فهل يعدل إلى أعلى منه؟ وجهان.

وإن قلنا لا يتعين، فهل يقوم مقامه الأقوات، أو الأقوات وغيرها؟ وجهان.

**الثانى**: قول الشيخ أبى محمد وإن قلنا: الأقوات وحدها، فهل يتخير أو يتعين الغالب؟ وجهان، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعى، وليس فى كلام الرافعى - رحمه الله - إلا أربعة أوجه، ولم يحك وجه العدول إلى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو معدوما ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على [الإطلاق، ولا القول بأن الواجب الغالب عينا][2] [ظاهر ما حكاه الإمام][3] وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام إثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه كلام الإمام، وكلام الرافعى فى النقل عن الشيخ أبى محمد؛ لأن ذلك اختلاف فى فهم كلام رجل واحد من الأصحاب، وإنما يصح إثبات وجهين لو ثبتا جميعا عنه، أو عن قائلين، وليس الأمر ههنا على هذه الصورة.

فإن قلت: ما ذكرت أن الرافعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب عن أبى إسحاق قد شمله قول الرافعى - رحمه الله - إن الاعتبار بغالب قوت البلد يعنى

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى أ.

فى القيام مقام التمر فهذا هو العدول من التمر إلى أعلى منه.

**قلت**: ليس كذلك؛ لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر على الإطلاق لا فى الاقتيات ولا فى القيمة، فقد يكون بلد غالب قوته قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة، وقد نقل الأصحاب عن أبى إسحاق أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه، كما أشار [إليه][(١)] المصنف - رحمه الله - فصرح بالتمر فى حديث وفى [حديث][(٢)] آخر قال: «من طعام» وأراد التمر، وفى آخر قال: «قمحا» وذلك إذا كان القمح أعز، ورضى بذلك.

وحيث قال: «مثل» أو «مثلى لبنها قمحا» أراد إذا كان قدر ذلك صاعا، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب والبغوى، و [كذلك][(٣)] هو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه.

وأما ما حكاه [عنه][(٤)] الماوردى والرافعى فلا يوافق ذلك؛ لأنه لا يجوز إخراج غير التمر أصلاً.

فإن قلت: ما الصحيح من هذه الأوجه؟ قلت: الصحيح أن الواجب هو التمر؛ لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر، والتى فيها الطعام مطلقا محمولة عليه؛ لأن المطلق محمول على المقيد.

وأما حديث ابن عمر الذى فيه القمح فقد تقدم التنبيه على ضعف طريقه، ولا حاجة إلى ما تأوله ابن سريج وأبو إسحاق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبهة فيه.

لكن هل يتعين ولا يجوز غيره كما نقله الماوردى عن أبى إسحاق؟ أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون؟ هذا محل النظر، وقد قال الرافعى: إن الأصح عند الشيخ أبى محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعى عن أبى إسحاق غير ذلك، وظاهر ذلك تصحيح لما نقله الماوردى، وأن غير التمر لا يجوز، كذلك هو فى المحرر.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

وصححه النووى أيضا، وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث، اللهم إلا أن يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه إن شاء الله - تعالى -

لكن قد يتوقف فى هذا التصحيح لأمرين:

**أحدهما**: أن حكاية الأكثرين عن أبى إسحاق أنه يجوز العدول إلى الأعلى، كما اقتضاه كلام المصنف وغيره، وكثرة القائلين لذلك عن أبى إسحاق يقتضى عكس ما نقله الماوردى عنه وتبين مراد أبى إسحاق ولا يبعد أن يتأول كلام الماوردى وإن كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين.

وإذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبى إسحاق، وليس منقولا عن غيره فكيف نقضى بصحته؟.

**الثانى**: أن الأصحاب اتفقوا فى زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب إلى قوت أعلى منه.

فإذا عدل عن التمر إلى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز.

والأصح: أن الاعتبار بزيادة الاقتيات.

والقمح أعلى بذلك الاعتبار، وإن اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح فى بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر، فلو كان التمر فى المصراة متعينا حتى لا يجوز غيره، وإن كان أعلى.

فالجواب: أما اختلاف النقل عن أبى إسحاق وكون ذلك يقتضى التوقف فى نسبة هذا القول إليه أو إلى غيره، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا، فهو بحث صحيح.

ولكن لنا أن نتمسك فى أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعى رحمه الله.

وقوله: أن يرد صاعا من تمر، وقوله: إن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله ﷺ فإذا كان نص الحديث ونص صاحب المهذب يقتضى أن بدل اللبن هو التمر فيمكن المشترى من إعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد، ولا يدل عليه دليل، ويكفى التمسك فى الصحيح بنص صاحب المهذب المستند إلى دليل.

وأما من يشترط فى التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج إلى بيان ذلك ههنا فى هذه المسألة.

ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضى ذلك، ولا على نسبة القول المذكور

إلى غير أبى إسحاق.

نعم الإمام قال: ذهب ذاهبون إلى أن الأصل التمر فلا معدل عنه.

وهذا الذى نقله الإمام يوافق ما نقله الماوردى عن أبى إسحاق، فيحتمل أن يكون مراد الإمام بالذاهبين أبا إسحاق ومتابعيه، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه.

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم بتعين التمر اختلاف الرواية ومجيء القمح فى بعض الروايات.

وقال الإمام: إن ذلك الذى مهد لأصحاب القوت مذهبهم، وإلا فالأصل الاتباع، وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق على المقيد فى بقية الروايات التى أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث، ونص الشافعى من غير تأويل.

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب فى زكاة الفطر على أنه يجوز العدول إلى الأعلى، فإن المقصود فى زكاة الفطر سد خلة المساكين والحق فيها لله - تعالى -، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل فى غيرها.

وهذان الأمران مقصودان فى مسألة المصراة فإن الحق فيها للآدمى مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد[١].

فقد بان ووضح لك[٢] أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه، ولا يجوز العدول عنه إلى غيره سواء أكان أعلى أو أدنى إلا برضا البائع فسيأتى الكلام فيه.

وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين فى الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبى إسحاق أنه يعدل إلى الأعلى، وصحح ابن أبى عصرون فى الانتصار قول ابن سريج، والله أعلم.

هذا الكلام فى جنس الواجب، وأما مقداره ففيه وجهان:

**أصحهما**: أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر، وإن زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر.

---

(١) فى ط: العبد.

(٢) فى أ: بذلك.

وهذا الذى نص الشافعى عليه - رحمه الله - فى الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد: وإليه مال ابن سريج.

والمعنى فيه قطع النزاع؛ لأن [اللبن][١] الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده، ويتعذر التميز فتولى الشرع تعيين بدله قطعا للخصومة.

وقد تقدم ذلك فى الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التى ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس.

**والثانى**: أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التى فيها: «مثل -أو مثلى - لبنها».

وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص، وأن الأمر بالصاع كان فى وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن، فإذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا، وهذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعى - رحمه الله - ولنص الحديث.

وقد تقدم ضعف الرواية التى تمسك بها.

وهذان الوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الإطلاق، ومقتضى ذلك أنا ننظر إلى قيمة اللبن، ونؤدى بقدرها على هذا الوجه، وبه صرح الرويانى.

وكذلك الشيخ أبو محمد فى السلسلة ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر.

وكذلك الإمام فى النهاية، وقال الرويانى: إنه ضعيف، والأمر كما قال، فإن كلام الشافعى - رحمه الله - فى الأم يصرح بخلافه فإنه قال: ردها وصاعا من تمر، كثر اللبن أو قل، كان قيمته أو أقل من قيمته؛ لأن ذلك شىء وقته رسول الله ﷺ بعد أن جمع فيه بين الإبل والغنم، والعلم يحيط أن ألبان الإبل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان، فإن ألبان كل الإبل وكل الغنم مختلفة.

وهذا الذى قاله الشافعى - رحمه الله - هو الحق الذى لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن، لفاوت النبى ﷺ بين الإبل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعا من تمر، علم قطعا بطلان هذا الوجه.

---

(١) سقط فى ط.

ولم أر لهذا الوجه ذكرا فى طريق العراقيين على هذا الإطلاق، وإنما فى كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالى حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

ولولا أن الرافعى اعتد بهذا الخلاف وحكاه، وتصريح الشيخ أبى محمد والإمام والرويانى لكنت أقول: إنه يجب تنزيله على ما فى كتب العراقيين، ولكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحا.

والرافعى حكى الأمرين فقال: إن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة.

وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه إطلاقا.

وليس فى كلام الرافعى هذا ما يؤيد تنزيل هذا الإطلاق على ما فى كتب العراقيين.

ولكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والإمام والرويانى صريح وكذلك يقتضيه كلام القاضى حسين، وفى كلام الإمام كشف ذلك، فإنه حكى الوجهين فى أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن؟ فإن اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين.

فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعا على اعتبار الصاع، وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه فى المسألة:

**أحدها**: وجوب الصاع مطلقا.

**والثاني**: وجوب قدر قيمة اللبن مطلقا.

**والثالث**: الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أو لا، فإن لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع وإلا وجب بالتعديل.

والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر، إما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى فى كلام المصنف - رحمه الله - ما يخالفه وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى.

وفى بعض شروح المهذب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال العراقيون: أراد الخبر أنه يجب المثل إذا

كان اللبن صاعا ويجب مثلاه إذا كان اللبن نصف صاع، وهذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع إلا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة، وبالجملة فهذا الوجه فى غاية الضعف، مخالف لصريح نص الشافعى - رحمه الله - والحديث وممن حكاه - أيضا - ابن داود فى شرح المختصر، والله أعلم.

وإذا ضممت الخلاف فى المقدار إلى الخلاف فى الجنس، زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن، والله أعلم.

وسأتعرض لذلك - إن شاء الله - فى فرع عند الكلام فيما إذا زاد الصاع على قيمة الشاة، والله أعلم.

فرع: هذا كله فيما إذا لم يرض البائع، فأما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه، قال الرافعى: فيجوز بلا خلاف، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره، وعبارة صاحب التهذيب: أنه يجوز على الوجهين، قال الرافعى: ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين فى جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه.

قلت: وقد قال ابن المنذر فى الإشراف: إنه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره؛ لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى، وهو أحد قولى المالكية، وقول ابن المنذر وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض، فإن كان كذلك فالمنع من الاعتياض فى ذلك مخالف لنص الشافعى - رحمه الله - فإنه قال فى باب السنة فى الخيار: ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير صنفه، إذا تقابضا من قبل أن يتفرقا، واحترز الشافعى - رحمه الله - بالحال عن المؤجل.

وقد تقدم فى باب الربا فى الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعى - رحمه الله - نص على منعه، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه فى المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا، وقول ابن المنذر المنع مطلقا، وما حكاه ابن كج المنع فى اعتياض البر عن التمر.

والظاهر أنه يعدى ذلك إلى كل مطعوم فإما أن يقول قولا فارقا بين المطعوم

وغيره فيكون قولا ثالثا، وإما أن يكون يعمم المنع فى الجميع تشبيها له بالثمن فى الذمة، فيكون قد وافق ابن المنذر فى الحكم وخالفه فى المأخذ، وإما أن يكون موافقا له فى الحكم والمأخذ معا، ويمنع الاعتياض عن الطعام فى الذمة وإن كان حالا وهو خلاف نص الشافعى - رحمه الله - وليس فى عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقا كما ذكره الرافعى - رحمه الله - حتى يستدرك عليه كل خلاف، وإنما قال على خلاف الوجهين، يعنى قول ابن سريج وقول أبى إسحاق - رحمهم الله - وليس فى كلامه - أيضا - فى النسخة التى وقفت عليها ذكر القوت، وإنما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعى عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقائه، فينبغى أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب، ويشترط فى ذلك اللفظ.

هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم، أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفى؛ لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أو لا يكفى؟ لأن الواجب غيره فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ والله أعلم.

وستعترض له فى كلام المصنف - رحمه الله - إن شاء الله تعالى -وفى فرع الآن فتنبه له.

فرع: التمر الذى يجب رده هل يتعين نوع منه؟ أو ذلك إلى خيرة المشترى ما لم يكن معينا؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعى - رحمه الله -: صاعا من تمر البلد الذى هو به تمر وسط بصاع النبى ﷺ فظاهر هذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمرا دون تمر بلده، وإن كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا فى زكاة الفطر، والذى اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره فى الشاة الواجبة عن خمس من الإبل، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب وما ذكر فى الدراهم المأخوذة فى الجبران فى الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد قطعا، فإذا ثبت التعين ههنا فالتعيين فى زكاة الفطر أولى؛ لأن أطماع الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوعه.

نعم إن كان فى البلد أنواع فقد ذكروا فى الشاة المخروجة عن خمس من الإبل أوجها.

نص الشافعى - رضى الله عنه - فيها، وهو الذى قطع به صاحب المهذب بتعين

غالب البلد، وأصحها على ما ذكره الرافعى أنه يخرج من أى نوعين شاء، وقياس ذلك أن يأتى ههنا ذلك الخلاف بعينه.

فإن قلت: قد قال الماوردى - رحمه الله -: أنه إذا أعوز التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته وهو الذى قاله المصنف على قول أبى إسحاق، فيما إذا زادت قيمة الصاع على الشاة، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز؛ لأن القيمة بدل عنه، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج قيمته.

**قلت**: ما ذكره الشافعى هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر، يدل[1] على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند إعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر إليه، وإن كان الرافعى لم يذكره.

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى إسحاق واقتصروا عليه، وأن المعتبر قيمة الحجاز، فذلك إنما قالوه على قول أبى إسحاق، وقد يكون أبو إسحاق لا يوافق على ما اقتضاه النص من تعين البلد وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد، فإن أعوز رجع إلى قيمة الحجاز وهو بعيد - أيضا - ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الإعواز على المذهب، ولا شك أن مقتضى قول أبى إسحاق اعتبارها، فإنه إذا اعتبرها فى غير حالة الإعواز ففى حالة الإعواز أولى، فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص، وفيه على قول أبى إسحاق ما ذكرته.

وإذا أوجبنا تمرا فعدل إلى تمر أعلى منه جاز، كما قالوه فى زكاة الفطر، وفى الشاة المخرجة عن الإبل، ولو عدل إلى ما دونه لم يجزه، كما ذكروه فى الشاة؛ هذا عند الوجود، وعند الإعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد إليه، وقيل: بالمدينة، وهو مقتضى قول أبى إسحاق، وقد يقال: إنه إذا عدل عند الوجود إلى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالعدول إلى جنس آخر، كما قيل بمثله فى السلم: إن اختلاف النوع كاختلاف الجنس، وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير التراضى، ويجوز بالتراضى؛ لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح، كما تقدم بخلاف المسلم فيه.

---

(١) فى أ: يستدل.

وأما العدول إلى نوع أدنى فلا يجوز إلا بالتراضى، إلا إذا فرعنا على قول التخيير، وكذلك فى الزكاة إذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم يعدل إلى نوع دونه إلا إذا اعتبرنا القيمة، ففيه خلاف وكذا لا يخرج عن الكرائم إلا كريمة.

فرع: الصاع الذى يجب رده بدل اللبن، هل ينزل منزلة العين الأخرى، الذى شملها العقد، حتى أنه يتوقف الرد على رده مع الشاة، أو نقول: إنه يرد الشاة، ويبقى بدل اللبن فى ذمته؟ لم أقف فى ذلك على نقل وقوله: فى الحديث: «ومعها صاعا من تمر» يشعر بالأول، ويؤيده أن إفراد إحدى العينين بالرد لا يجوز فى غير هذا الكتاب، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب إلى المحافظة على ذلك، وإذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج إلى لفظ كما تقدم؛ لأن التمر لا ثبوت له فى الذمة على هذا البحث، وإنما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما، ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر بل لهذا المعنى، وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له.

نعم اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير، ولا يحتاج حينئذ إلى اعتياض؛ لأن ذلك هو الأصل وإنما عدل إلى التمر خوفا من اختلافهما فإذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ويحصل الفسخ فى جمع المعقود عليه، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا يعدو إلى غيره، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق.

فرع: يمكن أن يقال: إذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن على ما تقدم من البحث، وتراضيا على رد الشاة وأن يبقى التمر فى ذمته، يجوز كما يجوز فى الشفعة، حيث يكتفى برضا المشترى بذمة الشفيع عن تسليم العوض، ويمكن أن يقال: لا يكفى ذلك هنا؛ لأن الشفعة تملك جديد.

وههنا رد، والرد يعتمد المردود، فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى - رحمهما الله - من أخذ البدل عن التمر؛ لأنه قد صار فى الذمة، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى الاحتمال الثانى يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما؛ لأنه الأصل، ولا يجوز غير ذلك؛ لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد، وذلك إنما يكون من جهة الشرع.

**فرع**: ولو كانت المصراة اثنين أو أكثر، هل يرد أداء الواجب بذلك؟ لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك، لكن أبو الفرج بن أبى عمر الحنبلى - رحمه الله - نقل فى شرح المقنع على مذهبهم، وعن الشافعى وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعا؛ لقوله: «من اشترى غنما».

**قلت**: وممن ذهب إلى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث.

قال وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك، وهذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل، وكذلك أنا لم أقف على نقل إلا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى - رضى الله عنه - وهو مقتضى المذهب، وقال ابن عبد البر: ينبغى ألا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة إلا الصاع عبادة وتسليما.

**فرع**: اتفق أصحابنا - رحمهم الله - وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف؛ لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله ﷺ «فَفِى حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ»، ويفهم المعنى.

وقال ابن حزم: يجب رد مثله مع التمر إن كان تالفا، وعينه إن كان باقيا، وذاك فى اللبن الموجود عند العقد، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر وإطلاقه على المحلوب مجاز، ولا دليل عليه واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده، والله أعلم.

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصراة بلفظ فيه: «وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ وَكَانَ بِمَا احْتَلَبَ مِنْ لَبَنِهَا» وهو يدل على أنه بدل المحلوب ولكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف.

**فرع فى مذاهب العلماء.**

قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف: يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره.

ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع [من تمر](١).

وقال مالك فى أحد قوليه: يؤدى أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم.

وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا، وقال أبو حنيفة ومحمد - رضى الله

---

(١) سقط فى ط.

عنهما -: إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها، لكن يرجع بقيمة العيب فقط، وإن كان باقيا رده، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئا هكذا نقل ابن حزم عنه، والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد.

ونقل بعض أصحابنا عن أحمد: أنه إذا حلبها سقط خياره، وتعين حقه فى الأرش، وهذا خلاف الحديث، وعن بعض المالكية: أنه لا يرد معها شيئا؛ لأن الخراج بالضمان.

**الحالة الثانية**: أن يختار الرد قبل حلب اللبن.

وهذا إنما يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن وافقهما عن أبى إسحاق فى أنه يمتنع الرد قبل الثلاث، والمشهور خلافه.

فإذا أراد الرد قبل الحلب؛ ردها ولا شىء عليه وفاقا.

فإن قوله: وإن سخطها ردها وصاعا من تمر، المراد به إذا كان بعد الحلب، والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك وأيضا المعنى يرشد إليه، ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه.

ولا يعكر ذلك على قولنا: أنه له الخيار قبل الحلب.

**الحالة الثالثة**: أن يختار إمساكها قال الشافعى - رضى الله عنه - [والأصحاب][1]: إذا رضى بإمساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها بالعيب، ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد.

وعلى رواية الشيخ أبى على وجه: أنه كما لو اشترى عبدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة، والمذهب الأول وبه جزم كثيرون، وهو الذى نص عليه الشافعى - رحمه الله - فى المختصر.

وقال الإمام: قطع الإمام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم بذلك.

وعنى بالإمام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعنى يرشد إلى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة مع اللبن فى ضرعها كالشجرة مع ثمرتها، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا فى تفريق الصفقة، قال: هكذا حكم القياس.

---

(١) سقط فى ط.

ولكن الشافعى - رحمه الله - وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعنى من عدم التخريج على تفريق الصفقة.

قال والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم فى معنى الرد بالخلف قطعا، واللبن فى الواقعتين على قصة واحدة فرأى الشافعى إلحاق الواقعة بالواقعة كما رأى إلحاق الأمة بالعبد فى قوله - عليه السلام -: «مَنِ اشْتَرَى شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ» وذكر الشيخ أبو على فى شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة.

**قلت**: وكلام الشافعى - رضى الله عنه - فى الرسالة فى باب الاجتهاد، يقتضى أن رد التمر فى هذه الصورة بالحديث لا بالقياس، لكن مراد الإمام بالإلحاق الإلحاق فى أصل الرد، لا فى ضمان بدل اللبن، واعتذر الغزالى عن التخريج على تفريق الصفقة فى حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى، فهو فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى، بخلاف العيب الحادث.

فإن قلنا يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة، فإنه المختار، لا سيما فى الدوام وهذا الذى قاله الغزالى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الإمام، ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال: الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الإمام؟ ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمل، فقال: الوجه أن يجعل اللبن كالحمل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمن؟ وذكره الغزالى والرافعى هنا فى المصراة.

قال ابن الرفعة: ولبن المصراة مخالف لذلك، إذ هو مقصود فيها بخلافه فى غيرها، ولهذا قال الشافعى - رحمه الله -: إنه إذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعى ولا أحد من الأصحاب بذلك فى المصراة.

وقال ابن الرفعة: إن الغزالى أثبت احتمال الإمام وجها، ونقله إلى لبن المصراة، وهو خلاف ما عليه الأصحاب وقال عما ذكره [الرافعى][1]: إنه إن قاله تبعا للغزالى فلا عبرة به، وإلا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالى.

---

(١) سقط فى ط.

**قلت**: وما حكاه الإمام عن الشيخ أبى على مفروض فى المصراة، لكن فى هذه الحالة التى يتكلم فيها وهى ما إذا اختار إمساكها ثم أراد الرد [فعيب آخر أما عند الرد][1] بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة؛ لأن ذلك يكون مصادما للحديث، وإذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا فى المصراة كان مستندا لما نقله الغزالى فى المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى، وإلا لم يخرج على تفريق الصفقة عند إرادته الرد بعيب آخر، وأما امتناع التخريج عند إرادة الرد بالتصرية فيصد عنه الحديث، فلذلك لم يصر إليه صائر، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس، فليس ما نقله الغزالى والرافعى خارجا عما عليه الأصحاب.

وأما نص الشافعى - رحمه الله - فى غير المصراة فسيأتى الكلام فيه، وأن ظاهر المذهب خلافه، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الإمام: إنه القياس بأنا إنما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدين ونحوهما، وما نحن فيه ليس كذلك، فإن اللبن غير مقصود كالشاة بل هى المقصودة، واللبن إن قصد فتابع ولهذا اغتفرت الجهالة فيه، والتوابع إذا فاتت لا تلحق بالمتبوعات؛ ألا ترى أن المبيع إذا ظهر عيبه، وامتنع رده، لا نقول: يخرج القول فى الباقى على تفريق الصفقة؟ وإن كانت السلامة من العيب مقصودة، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها.

**قلت**: وهذا أميل إلى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع إنكاره له، وإلا فمقتضى المقابلة أنه إذا أراد بتفريق الصفقة يرده، وقد حكى الجورى قولا يوافق ما حكاه الشيخ أبو على فى امتناع الرد ويخالفه فى المأخذ.

فقال: إن ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان:

**أحدهما**: لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر؛ لأنه رضيها معيبة.

والقول الثانى: يرد، والفرق بينه وبين السلع أنه يرد معها صاعا بدلا للبن

---

(١) سقط فى ط.

المصراة، فكأنه يرده بعيب واحد، وسائر السلع لا يرد معها شيئا، وكان قد رضيه فلا شيء له.

قال الجورى: قد يجيء فى السلع أنه يرد المصراة؛ لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر.

**قلت**: وهذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب، والذى قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة إذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد بعيد لا وجه له، وما أظن الأصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجورى من القولين، بل صرح الماوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه فإنهم قالوا فى هذه المسألة: إن من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم، وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا.

لكنى رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه، فإنه قال فى ذلك: منزلته منزلة [المشترى][1] سلعة فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما، كان له أن يرد بالعيب الثانى، وقد قيل: إنه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثانى، قال: وهو ضعيف، على أن قوله فى هذا الكلام: وقد قيل يحتمل أن يكون فى المصراة فى المسألة المقيس عليها، وبالجملة فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى فى منصوصات الشافعى رضى الله عنه.

وقد حكى ابن الرفعة عن الجورى هذا عند الكلام فى بيع البراءة، وقال: لعل وجهه أن فى رده إبطال عفوه عن الأول فلم يجز ولهذا نظر يأتى فى الجنايات وما حكاه الجورى من القولين فى المصراة قد وجه هذا[2] القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ونحن نمنعه حكم الأصل إما جزما وإما على المذهب المشهور، ولئن سلم فالفرق ما ذكره.

وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على - رحمه الله - من التخريج على تفريق الصفقة [وإن توجيه القول بالمأخذ الذى ذكره الجورى ضعيف وتوجيه الوجه بالتخريج على تفريق

(١) فى أ: من اشترى.
(٢) فى أ: هو.

الصفقة][1] قوى من جهة القياس، والحديث يصد عنه، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وإن اختلفا فى المأخذ لتواردهما على حكم واحد وهو امتناع الرد وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله.

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة إلا اتباع الحديث، وإلا فلقائل أن يقول: إن كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن [القول بالتخريج على تفريق الصفقة وإن لم يلازمها بلا وجب][2] لا يرد بدله، وقد دل الحديث على رد البدل، ولذلك جزم الشافعى - رحمه الله - وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط، وقطعوا بذلك فى باب الربا واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم والوجه الذى حكاه الشيخ أبو على والجورى فى غاية الغرابة، وما قاله ابن الرفعة من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه، وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى إذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن، وكون الشىء مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا هذا ما ذكره كثير من الأصحاب.

وفصل الماوردى - رحمه الله - فقال: إن كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد، لا يختلف أصحابنا فيه، ويرد معها صاعا من تمر.

وإن كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان، خرجهما ابن أبى هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا فى هذه المسألة على ثلاث طرق، وفى الرونق جزم بردها، وحكى فى رد الصاع التمر معها قولين، وهذه طريقة رابعة غريبة، فهذه الأحوال الثلاث اللاتى تقدم الوعد بذكرهن، والحالة الرابعة وهى ما إذا كان اللبن باقيا سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

**فرع**: إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الأرش، قاله البندنيجى فى غير المصراة كما سيأتى - إن شاء الله تعالى - وقياسه أن يأتى هنا

**فائدة**: قال الجورى: إن قال قائل: إذا كان الصاع إنما يرده بدلا للبن التصرية

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

الذى تضمنه العقد، فقد ردت العين مع قيمة النقص، فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشترى أنه يرده وقيمة النقص؟ قيل: لأن المقصود فى الشاة عينها واللبن تابع فقد رد العين بكمالها ورد قيمة التالف وإذا رد[١] شيئا نقصت عينه لم يرد العين بكمالها؛ لأن الكل مقصود، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها إذا تلفت فإن قيل كذا نفعل لرد[٢] قيمتها كلها وإن تلفت وهو قول أبى ثور قلنا هذا تدفعه السنة؛ لأنه قيل «فهو بالخيار فيها إن شاء ردها وصاعا من تمر»، فإنما جعل له الخيار [فيها لا][٣] فى قيمتها، والله أعلم.

**فرع**: إذا لم يعلم بالتصرية إلا بعد تلف الشاة تعين الأرش، وقد تقدم الآن عن أبى ثور أنه يرد قيمتها، والله أعلم.

**فائدة**: قول الغزالى - رحمه الله - فيما تقدم قريبا فهو فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث.

قال ابن أبى الدم: إنه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدين الباقيين، فإن موت أحدهما يوجب فى الباقى عيبا، وهو تفريق الصفقة، وليس للعيب الحادث ههنا حدث، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم.

قال ولمتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول: مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة فى أحد العينين بعد تلف العين الأخرى، وهذا تكلف بعيد. انتهى.

ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجب عليه قيمة صاع بالحجاز؛ لأنا لو أوجبنا صاعا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها، فوجب قيمة الصاع بالحجاز؛ لأنه هو الأصل.**

**ومن أصحابنا من قال: يلزمه الصاع، وإن كان بقيمة الشاة أو أكثر.**

**ولا يؤدى [ذلك][٤] إلى الجمع بين الشاة وبدلها؛ لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة**

---

(١) فى ط: أراد.
(٢) فى أ: يرد.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

**وإنما هو بدل عن اللبن.**

**فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فإنه يرد العبد مع قيمته، ولا يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمته؛ لأن القيمة بدل عن العضو المتلف».**

**الشرح:** هذا من بقية الكلام فى الحالة الأولى، وهى ما إذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن وتقدم من المصنف - رحمه الله - إطلاق القول فى جنس الواجب وبينا الكلام فى مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف فى تفاوت المقدار، ومنهم من خصص فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا وهو إذا كانت قيمة الصاع الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله.

وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضى أبو الطيب، ولكنه فرض فيما إذا كان التمر يأتى على ثمن الشاة أو على الأكثر منه.

فهذا يقتضى أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة [ولكنه يأتى][1] على أكثرها أنه يجرى الوجهان.

وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبى الطيب فيها زيادة لا توافق كلام المصنف - رحمه الله [فرأيت][2] ابن الصباغ فى الشامل وهو كثير الاتباع للقاضى أبى الطيب، فرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوثوق بما فى تعليق أبى الطيب؛ لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه.

وكذلك قال الرويانى والرافعى - رحمهم الله -: إن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة، [و] قطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف.

هكذا حكاه الرافعى - رضى الله عنه - من غير تعيين، وحكاه الرويانى عن أبى إسحاق.

فهذه النقول متفقة على أن أبا إسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على

---

(١) فى أ: ولكنها تأتى.
(٢) سقط فى ط.

نصف قيمة الشاة.

وقد حكى الإمام عن العراقيين الوجهين، وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت.

وذلك يوافق ما حكاه المصنف - رحمه الله - ثم حكى عن العراقيين - أيضا - أنه إن زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جاريان وليس فى شىء من ذلك منافاة، فإن كلام المصنف - رحمه الله - ساكت عن حكم ما إذا زادت [القيمة][1] عن النصف ونقصت عن الشاة.

وكلام أبى الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا، والقطع فيها إذا نقص عن النصف.

وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف.

ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبى إسحاق.

صرح به الشيخ أبو حامد وغيره، وقال سليم: أنه لا خلاف فيه على المذهب.

وفى تعليق أبى حامد من طريق البندنيجى والمجرد منها ذكر الوجهين فى النصف كالأكثر.

وذكر العجلى فى كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتعديل أبدا أى أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر، وهذا هو الوجه الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين فى ذكرهم للخلاف على الإطلاق فى تفاوت ذلك بتفاوت اللبن، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها، فرضوه فى بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان.

والوجهان فى المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران فى طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم، إلا من حكاهما عنهم كالإمام والغزالى ومن وافقهما، وذكرهما على الإطلاق كما تقدم لا يعرف إلا فى طريقة الخراسانيين والعلة التى ذكرها المصنف - رحمه الله - للوجه الأول إنما تظهر فى الفرض الذى فرضه هو،

لا فيما فرضه أبو الطيب وموافقوه، ولعل المصنف - رحمه الله - إنما عدل عن الصورة التى فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله.

وفى كلام الإمام تعليله بمعنى يمكن اطراده فيهما، فإنه قال: إن الرسول ﷺ وإن

---

(١) سقط فى ط.

نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول فى مقابلة شيء فائت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع فينبغى ألا يتعدى على هذا حد التابع[1]، والغلو فى كل شيء مذموم، وقد يغلو المتبع للفظ الشارع فيقع فى مسلك أصحاب الظاهر.

ووجه الغزالى - رحمه الله - بأنا نعلم أنه - عليه السلام - قدره به؛ لأنه وقع فى ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع فى الضرع، ولك أن تقول: إن هذا يقتضى ألا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة، وأنا إذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما فى زمان النبى ﷺ لم نوجبه، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ولكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا، وسيأتى فى التفريع إيضاح لهذا إن شاء الله تعالى.

وممن نسب هذا الوجه إلى أبى إسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنيجى وسليم وابن الصباغ رحمهم الله.

وقال سليم: إنه أصح، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع فى هذه الحالة، وسنذكر فى التفريع حقيقة ما يوجبه، ونتعرض فيه إلى لفظ المصنف إن شاء الله تعالى.

والوجه الثانى حكوه عن [بعض][2] الأصحاب، وهو الأصح، وممن صححه الجرجانى والرافعى وابن أبى عصرون أنه يلزمه الصاع وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث، وإطلاق نص الشافعى - رضى الله عنه - أيضا - يقتضى ذلك ولكنه غير مصرح به إنما صرح بأنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل، ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه.

وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها فى ذلك الكلام، ولكن إطلاقه يقتضى أن لا فرق - أيضا - ولأن الصاع بدل عن اللبن [فلم يدل على مساواته له][3] فإذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى، وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبى محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق بما ذكره - وهو حق - والمسألة التى استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد أن جراح العبد

---

(١) فى أ: التوابع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

تتقدر من قيمته كجراح الحر من ديته، فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر، فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شىء فلا شىء عليه، وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين فى باب الغصب.

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف، فإنه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة - أيضا - فإنه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم والقاضى أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف - رحمه الله - وإنما استشهد بما إذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين، ويجد المشترى فى السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد، وقيمته ألفان، وذلك قيمة الثمن والمثمن.

وما استشهد به المصنف - رحمه الله - تبع فيه الشيخ أبا حامد وهو أولى؛ لأن الزيادة هنا فى القيمة فقط والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التى ذهب لبنها مع صاع يساوى قيمتها.

وقد يقول المنتصر لأبى إسحاق: إن الأصل فى المصراة ضمان اللبن التالف ببدله على قياس المتلفات، ولكن الشارع جعل الصاع بدلا لما فى ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن فى ذلك الوقت غالبا، فإذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد إقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان ما فات من العبد المغصوب فإن ذلك واجب متأصل.

والجواب عن هذا: أن الشرع لما أوجب فى لبن الغنم ولبن الإبل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا، علم أن ذلك بدل فى جميع الأحوال، والشرع إذا أناط الأمور المضطربة بشىء منضبط لا ينظر إلى ما قد يقع نادرا، وإذا وقع ذلك النادر لا يلتفت إليه بل يجرى على الضابط الشرعى، لا سيما والمشترى ههنا يتمكن من الإمساك، فإن أراد [الرد][1] فسبيله رد ما جعله الشرع بدلا.

وقول الإمام: إن الغلو مذموم جوابه: أن المعنى إذا ظهر وسلم وجب اعتباره، وإذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ.

---

(١) سقط فى ط.

ولا يسمى ذلك غلوا مذموما، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه، والعالم فى الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى، والله أعلم.

وقال صاحب الوافى فيما أجاب به المصنف عن قول أبى إسحاق بأن الصاع وإن كان قيمة اللبن إلا أنه لم يكن مقصودا، وإنما كان على سبيل التبع، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة، وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة إلى ما تقدم، ونقل الإمام عن صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط فى صورة الوجهين.

التفريع: إن قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا إشكال وإن قلنا بالوجه الأول، وقول أبى إسحاق: إنه لا يجب الصاع فى هذه الحالة فقد قال المصنف - رحمه الله -: إنه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى - رحمه الله - وقال القاضى أبو الطيب: إنه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص، فإن الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها، كما فسره الشافعى والأصحاب - رضى الله عنهم - وذكره المصنف فى كتاب الجزية، نسأل الله - تعالى - أن ييسر علينا الوصول إلى ذلك المكان فى خير وعافية.

وقال ابن الرفعة: إن من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها، ويوافقه ما تقدم عن الماوردى أنه عند الإعواز يرجع إلى قيمة المدينة على أحد الوجهين.

هذا ما ذكره العراقيون على قول أبى إسحاق وأما الإمام فإنه قال: إن لم نر إيجاب الصاع فى هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز وإذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر فى المبذول على الحد المطلوب، وهكذا الكلام من الإمام فيه إجمال.

وقال الغزالى فى الوسيط: على هذا الوجه يعدل بالقيمة فنقول: قيمة الشاة وسط، وقيمة صاع وسط فى أكثر الأحوال.

فإن قيل: هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة، وكذلك قال ابن عبد السلام فى اختصاره للنهاية: إنه يعتبر قيمة تلك المصراة بالحجاز، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة، وكلام الإمام المذكور كالظاهر فى هذا المعنى وتنزيله عليه، ولم يذكر الإمام فى التفريع على الوجه الذى

حكاه العراقيون فى هذه الصورة غير ذلك؛ لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع.

وأما الوجه الآخر الذى حكاه فى صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان فلم نذكره هنا؛ لأنه قسيم الوجه الذى عليه يفرع، فلذلك لم يذكر هنا إلا وجه التعديل، وعبارته بعد ذلك: فى لبن الجارية المصراة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك؛ لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك فى صدر كلامه، ولا يجىء عليه قول التعديل.

وقول الغزالى: إذا قيل: هو عشر الشاة مثلا - أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة، مراده - والله أعلم - بالشاة الأولى الشاة الوسط، وبالشاة الثانية الشاة المصراة المبيعة.

**مثاله**: إذا قيل: قيمة الصاع الوسط فى الغالب درهم وقيمة شاة وسط فى الغالب عشرة، وقيمة الشاة المبيعة خمسة فإنا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوى عشر قيمة الشاة، كما إذا كان الصاع فى ذلك الوقت مثلا بخمسة، فنوجب منه عشرة، وهو يساوى نصف درهم، وإن كان الصاع فى ذلك الوقت يساوى ثلاثة، فوجب سدسه؛ لأنه يساوى عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم.

إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى - رحمه الله - عن الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، ولم أر فى النهاية إلا ما حكيته قبل ذلك من الكلام الذى فيه إجمال، ونسبت الكلام الذى فيه إجمال إلى والكلام الذى بعده فى الجارية، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما وأن كلام الإمام الأول منزل على ما قاله الغزالى وبين الغزالى والرافعى اختلاف فإن الغزالى ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعى - رضى الله عنه - يقتضى ذلك لكن آخره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشاة فإنه قال: فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر، وإنما ذكر التمر فالوجه أن يقول: فإذا كان التمر.

وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوا من ناسخ لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفى نسخ الروضة أيضا، فأول كلام الرافعى وآخره لا يلتئمان التئاما

ظاهرا، إلا أن يكون المراد: بقيمة اللبن، على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر؛ لأنه بدله وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها، لكن صدر كلام الرافعى وكلام الإمام يأبى ذلك، ويقتضى تقويم التمر، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبن، ثم إن كلام الرافعى والغزالى - رحمهما الله - متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة، فنوجب فى المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه[1] الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر.

والظاهر من كلام العراقيين: أنه لا يرد شيئا من التمر.

قال ابن الرفعة: وهو الأشبه بمذهب أبى إسحاق فإنه يرى أن الصاع من التمر أصل؛ لأجل الخبر كيف كان الحال، وأنه الواجب، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع.

**فرع**: هو من تتمة الكلام فى ذلك. اشترى شاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى فى الحاوى وغيره.

**أحدهما - وهو الأصح -**: يردها ويرد معها صاعا، ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته ولا يكون ذلك ربا؛ لأن الربا فى العقود لا فى الفسوخ، قال صاحب التتمة: إلا أن ذلك سوء تدبير منه فى المال فيقتضى الحجر.

**قلت**: ومتى فرض الأمر كذلك فينبغى امتناع الرد؛ لأنه سفه كما تقدم لنا، فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها، وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا بجواز التفريق.

فإن قلنا: الإجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب: لم يكن له حظ فى رد المعيب؛ لأنه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له، وقد تقدم ذلك، وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول إلى قول الإجازة بالقسط.

قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد، ورد الصاع، ثم إما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبى الطيب، وإما أن يرجع إلى القول الآخر الذى سيأتى، وهو قياس

---

(١) فى أ: قيمة.

الاحتمال الآخر فى مسألة الصرف فراجعه هناك.

**والوجه الثانى**: فى هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن؛ لأن الرد لاستدراك النقص، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم تكن مصراة فإذا قيل عشرة قومت مصراة، فإذا قيل ثمانية، علم أن نقص التصرية هو الخمس، فيرد المشترى معها خمس الصاع الذى اشتراها به، فهذا الوجه الذى فى هذه الصورة هو موافق لما قاله الغزالى والرافعى فتأيد ما قالاه به.

قال ابن الرفعة: لا؛ لأن ما قاله الغزالى فيما إذا ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة لا الثمن، وما ذكره الماوردى فيما إذا ساوى الصاع الثمن وبينهما فرق؛ لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة، وقد يكون أكثر منها، وقد يكون أقل، نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة وهذا الوجه قائله ناظر فيه إلى الغلبة، ومع هذا يصح أن تعضد الخلاف الذى ذكره الغزالى به.

وفى هذا الفرع وجه ثالث ذكره الجورى: أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ذهبا أو ورقا، قياسا على ما إذا اشترى حليا بمثله من الذهب، ثم وجد به عيبا وحدث عنده عيب.

ووجه رابع مجزوم به فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة: أنه يردها ولا شىء عليه.

**فرع**: هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة. هو الذى ذكره أكثر العراقيين، وقد تقدم عن الماوردى - فيما إذا أعوز التمر حكاية - وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفريعا على قول أبى إسحاق.

وقياس ذلك أن يأتى هنا فإنه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول إلى القيمة، فإذا ضممت ذلك وما قاله الغزالى - رحمه الله - فى كلام المصنف - رضى الله عنه - حصل لك فى هذه المسألة - أعنى مسألة الكتاب - أربعة أوجه:

**أصحها)** : جوب الصاع.

**الثانى**: وجوب قيمته بالمدينة.

**الثالث**: وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه.

**الرابع**: وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع، ليس فى الفرع الذى قاله الماوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر، وما حكيناه عن الجورى وابن أبى هريرة، وأما إن أعوز فسيأتى إن شاء الله تعالى.

**فرع**: إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح، فلو أنه رضى بها ثم أراد الإقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة: إن قلنا: الإقالة عقد فلا يجوز؛ لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرا فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر.

وإن قلنا الإقالة فسخ جاز؛ لأن الفسوخ لا ربا فيها.

**قلت**: وهذا الخلاف فى الإقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردى، وأما الذى حكاه الجورى أنه يرد قيمة اللبن نقدا فيجوز، سواء قلنا الإقالة بيع أو فسخ.

**فرع**: عن البندنيجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز، ولقيه بخراسان، له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة، وليس له مطالبته بالتمر كذا ههنا، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد.

قلت: فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة، فكيف الحال فى ذلك؟ يمكن أن يقال: يلزمه ذلك كما فى القرض، ويمكن أن يقال يتعين التمر؛ لأنه الأصل ولا فائدة فى العدول عنه، وقد تقدم من كلام الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط، وينبغى أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنيجى، لكن قول الغزالى فى أكثر الأحوال ظاهر بخلافه، وأنه لا يعتبر وقت الرد، وما قاله العراقيون أقل.

**فرع**: الذى يقول بإيجاب شىء من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع.

قال ابن الرفعة: ليت شعرى ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول: يرد ما اقتضاه التوزيع من القيمة، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف، وتقدم وجه آخر عن الحاوى أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر إليه.

**قلت**: وما قاله أنه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون فى هذه الصورة أربعة أوجه:

**أصحها**: إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة.

**والثاني**: قيمة الصاع بأقرب البلاد.

**والثالث**: إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع.

**والرابع**: إيجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد إليه، وقد تقدم ما ذكره الجورى وابن أبى هريرة.

**فائدة**: قول المصنف - رحمه الله -: لأنه هو الأصل - أى لأن التمر هو الأصل.

كذلك صرح به الشيخ أبو حامد، فيحمل كلام المصنف عليه، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل، فإذا تعذر رده رجعنا إلى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز.

**فرع**: رأيت فى شرح التنبيه لابن يونس أنه إذا أراد قيمة الصاع فإنا نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز، ويشبه أن يكون فى النسخة تصحيف، ولعله يوجب قيمة صاع، والله أعلم.

**فرع**: تقدم فى جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه، وفى مقداره أربعة أوجه:

**أصحها**: صاع تمر.

**والثانى**: بقدر قيمة التمر.

**والثالث**: إن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل وإلا وجب الصاع.

**والرابع**: إن زاد فالواجب القيمة بالحجاز وإلا فالواجب الصاع ولم يقل أحد فيما أعلمه: إنه إن زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر وإلا وجب التمر، فإذا خلطت الأوجه بعضها ببعض وجمعتها حصل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة فى ستة.

وأما السابع - وهو ما حكاه أبو محمد -: فلا يأتى خلاف فى المقدار فيه، وترتيبها هكذا:

**أصحها**: أن الواجب صاع من تمر مطلقا كثر اللبن أو قل زادت قيمته أو نقصت.

**الثانى**: صاع من القوت الغالب.

**الثالث**: صاع على التخيير بين الأقوات ما عدا الأقط.

**الرابع**: التمر أو ما هو أعلا منه.

**الخامس**: التمر أو غالب قوت البلد.

**السادس**: لو كان التمر موجودا فصاع منه وإلا فصاع من الغالب فهذه ستة،

ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثنى عشر، وستة إن زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وإن لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة، أنه إن زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته وإلا فهذه الأشياء الستة على الخلاف، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجرى على قياس المضمونات وهو أضعفها، ولا يمكن أخذه مع الأربعة، والله أعلم.

**فرع**: فإن كان باع الشاة المصراة بصاع من تمر، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى:

**أحدها**: أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر.

**والثانى**: يرد قيمة اللبن ذهبا أو فضة.

**والثالث**: يردها ولا شيء عليه، فقد تقدم ذلك واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر فى ذلك ولكن إثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التى تركب معها، حتى يصح التركيب، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك فى مواضع والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجبر البائع على أخذه؛ لأنه صار بالحلب ناقصا؛ لأنه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه، ومن أصحابنا من قال: يجبر؛ لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد، ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد؛ لأنه إفراد بعض المعقود عليه بالرد، فلما جاز ذلك ههنا - وإن لم يجز فى سائر المواضع - جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب، وإن لم يجز فى سائر المواضع».**

**الشرح**: هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة، وهى إذا أراد ردها بعد الحلب واللبن باق، وهذا على قسمين:

**أحدهما**: أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه.

**والثانى**: ألا يكون كذلك وهى صورة الكتاب ففيها وجهان:

**أصحهما - وهو قول أبى إسحاق -**: أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف - رحمه الله - وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه

زمان، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه؛ لأنه صار يسرع إليه التغيير فنقص عما كان فى الضرع، وقول المصنف - رحمه الله - بعد ذلك: فلا يجبر على أخذه تأكيد؛ لأنه قد ذكر ذلك أولا، ويمكن تعليل هذا الوجه - أيضا - بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشترى، فإذا سمح به لا يجبرْ البائع على قبوله، وهذا قد يخدشه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل، ومسألة الحنطة المختلطة، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى.

وقد يقال: إنه لا يصار إلى الأخبار فى المسائل المذكورة إلا للضرورة، ألا ترى أن النعل إذا لم يكن نزعه معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله؟ وههنا لا ضرورة تدعو إلى قبول اللبن لإمكان رد التمر الذى قدره الشرع، وممن صحح هذا الوجه ابن أبى عصرون والرافعى رضى الله عنهما.

وقال الرويانى فى البحر: إنه الأصح عند جمهور أصحابنا، وبه جزم الماوردى.

**والوجه الثانى**: أنه يجب على البائع قبوله، ويجبر عليه لما ذكره المصنف.

والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب، وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسألة، وكأنه إذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب فرده قهرا وقاسوه على مسألة المصراة، هذا والقول الثانى فى تلك المسألة بمسألة المصراة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن، فإنه جائز قولا واحدا مع النقصان الذى حصل فيها بالحلب، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة، وليس مرادهم مسألة اللبن التى فيها؛ إذ لا يحسن تخريج قول على وجه، وحينئذ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة إلى رد المصراة بعد نقصها بالحلب.

**الثانى**: أنه إذا كان النقص الذى يستقل[1] به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسائل وبلا خلاف فى رد الشاة نفسها بعد الحلب، فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الإجبار؟.

فالجواب أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة وما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فإنه مشتمل على عيب قديم بسببه يرد، فنقصه لاستعلام عيبه،

---

(١) فى أ: يستعلم.

واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو[١] الشاة وإلحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج إلى بيان، والتمييز بين النوعين كاف فى الفرق، وأيضا النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنع فى غير هذا الموضع لأدى إلى بطلان رد العيب وههنا لا يؤدى إلى ذلك؛ لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة.

**الثالث**: أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره، نقول بأنه يلزم الأرش على قول وإن كان الأظهر خلافه، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحدا قال بأن المشترى يغرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن فى الضرع وقيمته محلوبا.

وهذا يحرك لنا بحثا، وهو أن الثمن يتقسط على الشاة، واللبن الذى فى ضرعها، كما تقدم وذلك باعتبار قيمتيهما، فهل تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعد الحلب؟ وقد يقال: إنه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل فى البطن، لكنا إذا كنا نعلم أنه بعد الحلب أنقص مما فى الضرع، وحين المقابلة كان فى الضرع، والمعتبر فى التقسيط وقت العقد فهذا البحث جركته لننظر فيه، فإن كان يعتبر قيمته فى الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك، فكان قياس ذلك الوجه إيجاب الأرش، ولا أعلم من قال به.

وإن كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب.

**الرابع**: أنا إذا قلنا بأن للمشترى رد اللبن فهل له إمساكه ورد الشاة؟ قال صاحب التتمة: إن كان قد أمسكها زمانا يحدث فى مثله لبن لا يكلف الرد؛ لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده.

وإن حلب عقيب الشراء وقلنا: على البائع قبول اللبن؛ لأنه عين حقه، فعلى المشترى رده إذا أراد الفسخ، وليس له رد البدل؛ لأن حقه فى يده.

**الخامس**: أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ؟ كما لو اشترى عينين فوجد بإحداهما عيبا فإن له أن يرد الجميع.

إن كان كذلك فينبغى عند هذا القائل أنه إذا أراد إمساك اللبن ورد الشاة يجرى فيها

---

(١) فى أ: وهى.

الخلاف فيما إذا أراد أن يفرد إحدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الإفراد بالرد، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد، وعلى قول لا يمتنع، وإن لم يكن بطريق الفسخ فبماذا يجبر البائع على قبوله؟ وحقه فى التمر واللبن على ملك المشترى بمقتضى العقد فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث.

**السادس**: أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة؟ إذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى إذا أخر بطل إجبار البائع عليه، ويقتصر على رد الشاة [والتمر][1] أو نقول رد الشاة على الفور واللبن إلى خيرة المشترى؟ لم أر فى ذلك نقلا، وهو يلتفت على ما تقدم من البحث فى أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا، فإن كان بطريق الفسخ كان على الفور، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا.

**السابع**: قول المصنف - رحمه الله -: «ولأنه لو لم يجز الرد» إلى آخره هو الدليل الثانى فى كلامه الذى وعدت بالكلام عليه، وهو دليل مستقل غير ناظر إلى أن النقصان لأجل الاستعلام أو لا، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ومسألة ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره جميعا، يرجعان إلى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب، وهذا الدليل الذى ذكره المصنف - رحمه الله - غير ذلك؛ لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع إفراد الشاة بالرد، وعلل الأول بالنقص بالحلب والثانى بأنه إفراد بعض المعقود[2] عليه وذلك غير النقص بالحلب، فلم يحصل الجمع بينهما به، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالإفراد فإن إفراد بعض المعقود عليه نقص.

وسكت المصنف - رحمه الله - عن ذلك لوضوحه ولذكره فى موضع آخر وهو ما إذا اشترى عينين صفقة واحدة فإنه لا يجوز إفراد أحدهما بالرد، إما جزما إذا كان العيب بهما، أو على الأظهر إذا كان بأحدهما، وإذا كان إفراد بعض المعقود عليه نقصا، فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع إفراد الشاة لنقصانها بالإفراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وإفرادها عن اللبن اتفاقا، ولم

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: العقود.

يجعل النقصان بالإفراد مانعا - وإن كان مانعا فى سائر المواضع - وجب أن يجوز رد اللبن، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا - وإن كان مانعا فى سائر المواضع - هذا تقرير هذا الدليل، ولا بد من الجواب عنه إذ الأصح فى المذهب خلافه.

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع، ولا يلزم من مخالفة الأصل فى موضع مخالفته فى كل موضع إلا أن يتبين أن المعنى الذى استثنى لأجله نقصان إفراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الإفراد موجود فى النقصان بالحلب ههنا، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك، وهو غير بين.

**الثامن**: أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف - رحمه الله - وكلام الشيخ أبى حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبى إسحاق وكذلك[1] الرويانى قال: إن أبا إسحاق أشار فى الشرح إلى وجهين، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الإجبار قول أبى إسحاق، وكلام أبى الطيب محتمل لما قاله أبو حامد، ولما قاله المصنف فإنه قال: لا يجبر عليه، ذكره أبو إسحاق فى الشرح وقال: لأنه صار معيبا، وفيه وجه آخر: أنه يجوز، وبقية الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين والجمع بين ذلك كله أن أبا إسحاق ذكر فى شرحه الوجه الذى اختاره والوجه الآخر.

**التاسع**: أن هذا كله فى رده على جهة القهر وأما لو تراضيا على ذلك، قال الماوردى والرويانى فى البحر: جاز، وقد تقدم ذلك عن البغوى والرافعى - رحمهما الله - أنه لا خلاف فيه ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض؟ أو من باب الرد بالفسخ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا، وهو أحد قولى المالكية، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجوز، فلينظر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف «وإن أجاز رد المصراة بدل اللبن».

فرع: قسم المرعشى العيب الحادث عند المشترى إلى قسمين:

**أحدهما**: المصراة يردها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب:

---

(١) فى ط: ولذلك.

**أحدها**: يرد قولا واحدا كالعنب والخيار يغمزه بعود أو حديدة فيتبين أنه مر.

**والثانى**: فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه.

**والثالث**: ثلاثة أقوال إذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه إلا بكسره، وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى - فى الرد بالعيب، وفيه توقف نذكره هناك إن شاء الله تعالى.

**فرع**: إذا اشترى شاة وجز صوفها، ثم وجد بها عيبا - إن كان الجز لاستعلام العيب - لم يمتنع الرد، وجرى مجرى الحلب.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه:**

**أحدها: أنه يردها ويرد معها صاعا؛ لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار، والصاع كالشاة.**

**والثانى: أنه يردها؛ لأن لبنها يقصد لتربية الولد، ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد ولا يرد بدله؛ لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض.**

**والثالث: لا يردها؛ لأن الجارية لا يقصد فى العادة إلا عينها دون لبنها.**

**والرابع: لا يردها، ويرجع بالأرش؛ لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن؛ لأنه ليس للبنها عوض مقصود، ولا يمكن ردها من غير عوض؛ لأنه يؤدى إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى؛ لأنه لم يبذل الثمن إلا ليسلم له ما دلس به من اللبن فوجب أن يرجع على البائع بالأرش، كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب».**

**الشرح**: الكلام فى هذا الفصل، والفصل الذى بعده يحتاج إلى أصل، وهو أن المنصوص عليه فى كلام الشافعى - رحمه الله - حكم الإبل والغنم والبقر، والصحيح المشهور: أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة والمصرح به من ذلك فى الحديث هو الإبل والغنم، وكثير من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعى - رحمه الله - فى المختصر.

ومنهم من يأخذه من النص فى الحديث الذى لفظه «من اشترى مصراة» فإنه عام، وقد تقدم ذلك، واتفقوا على إثبات الحكم فى البقر إما بالنص وإما بالقياس، فإن القياس فيها ظاهر جلى وهى فى معنى الإبل والغنم، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها.

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان، فلا يظهر فيهما أنهما فى معنى الأصل المنصوص عليه، وعقد المصنف - رحمه الله - هذا الفصل والذى بعده

للكلام فيهما، والذى تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقه فى ذلك إما القياس وإن كان ليس فى الجلاء والظهور كالأول، وإما إدراجها فى عموم قوله «من اشترى مصراة» والذى لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ويتبين أنهما غير داخلين فى عموم قوله: مصراة. إما بأن الاسم غير صادق عليهما عند الإطلاق.

وإما بإخراجهما من اللفظ بدليل، وقد يقال: إن من جملة ما يدل على إخراج الجارية قوله فى الحديث: «بعد أن يحلبها» فإن ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب، وفى إطلاق الحلب على الجارية نظر.

واعلم أن قاعدة مذهب الشافعى - رضى الله عنه - كما ذكره الإمام يدل على أن ثبوت الخيار فى المصراة جار على القياس، وإذا كان كذلك فيسوغ إلحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص، والمصنف - رحمه الله - وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذى فيه صيغة العموم، وإنما ذكروا النص فى الإبل والغنم، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين:

قسم التصرية موجودة فيه فى غير الإبل والغنم (وقسم) فيه معنى يشبه التصرية، فذكر المصنف - رحمه الله - الجارية فى هذا الفصل والأتان فى الذى بعده؛ لأنهما ملحقان عند من يقول بالإلحاق بالإبل والغنم لشمول التصرية بالجميع، وذلك بعد تجعيد شعر الجارية ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك أخره وله مراتب فى الظهور كتجعيد الشعر، فيلحق والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العبد فلا يلحق، وبين ذلك ففيه خلاف.

ونذكر هذه المراتب - إن شاء الله تعالى - عند كلام المصنف فى تجعيد شعر الجارية، وذكر الماوردى وجهين فى التصرية فى غير الإبل والبقر والغنم.

فأحد الوجهين - وهو قول البصريين -: أنها ليست بعيب.

**والثانى**: وهو قول البغداديين أن التصرية فى كل الحيوان عيب.

وأما تصرية الجارية الذى هو محل كلام المصنف هنا، فقال الإمام: إن الخلاف فيه ليس من النمط المذكور، فإن التلبيس بالتصرية فى الجارية كالتلبيس بالتصرية فى البهيمة، وإنما نشأ الخلاف من أصل آخر، وهو أن الأصل فى خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم المدلس الخلف بالشرط، وهو دونه ويقوى أثره فيما يظهر توجه القصد إليه فأما ما لا يتوجه القصد إليه فلا يظهر التلبيس فيه، قال:

ويمكن أن يقال: هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف، يعنى من المرتبة التى بين الظهور والخفاء كما أشرنا إليه من قبل، فإن الشىء إذا كان لا يقصد مما يجرى من تلبيس فيه وفاقا لا توهما، ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر، وهو أن الضرع والإخلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها، وليس كذلك الثدى فى بنات آدم، فإن المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة. انتهى.

ومقصود الإمام أن الثدى إذا كان لا يرى غالبا، ولا يحصل فيه قصد التغرير غالبا، فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذى هو مرئى الغالب، ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير مقصود، أى فى الغالب؛ لأنه لا يقصد إلا على ندور لأجل الحضانة، فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الأحوال ولذلك [لم يغتر برؤية الحلمة][1] وهو الثدى.

إذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا؟ على وجهين على ما تقدم عن الماوردى.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا خلاف أنها عيب لأمرين:

**أحدهما**: الرغبة فى رضاع الولد.

**والثانى**: أن كثرة اللبن تحسن الثدى؛ لأنه يعلو ولا يسترسل، هكذا قال أبو حامد ولكن غيره مصرح بالخلاف فى ذلك، وشبهوه على أحد الوجهين بما إذا اشترى جارية فبانت أخته فلا خيار؛ لأن الوطء فى ملك اليمين غير مقصود.

إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان:

**أحدهما**: أنه يرد معها صاعا، لما ذكره المصنف، وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجورى.

والآخر: يردها ولا يرد بدل اللبن؛ لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب، وإن كان متقوما، وهذا معنى قول المصنف - رحمه الله -: إنه لا يقصد بالعوض، ولم يرد أنه لا يباع منفردا؛ لأن مذهبنا جواز بيعه.

وهذا الوجه ذكره الصيدلانى وغيره على ما حكاه الإمام، وكلا الوجهين مذكور

---

(١) فى أ: لم يعتن برؤية محله.

فى الحاوى وفيما علقه سليم عن أبى حامد.

والوجه الثانى: أنه لا يرد.

وهذا قول أبى حفص بن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجورى، وعلى هذا فوجهان:

**أحدهما - وهو الثالث فى كلام المصنف - رحمه الله -**: أنه لا يرد - أى ولا شىء له لما ذكره المصنف رحمه الله.

وهذا الوجه لم يذكره الرافعى، ولكن ذكره القاضى أبو الطيب، والقاضى حسين والماوردى وغيرهم، وهو مفرع على أن التصرية فى ذلك ليست بعيب.

والآخر - وهو الرابع فى كلام المصنف -: أنه لا يرد ويرجع بالأرش، وصححه ابن أبى عصرون تفريعا على القول بعدم الرد، واختلف فى مأخذه، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنيجى عنه من قوله: إنه لا خلاف فى أنها عيب مستدلا بما ذكره المصنف وهو حسن، واستدل - لأنه لا يمكن ردها من غير عوض - بأنها نقصت عنده فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة على القولين بأن التصرية فى ذلك عيب، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة فى التعليقين.

ونقل الرويانى عن الدارمى أنه على القول بأنه ليس بعيب، فإنه يرجع بالأرش، وغلطه قال: لأن هذا القائل منع الرد؛ لأنه ليس بعيب، وقدر الداركى أنه لا يرد؛ لأن الحلب عيب حادث، فقال يرجع بالأرش.

**قلت**: وينبغى أن يحمل كلام الدارمى على ما قاله الشيخ أبو حامد - رحمه الله - ولا يغلط، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب.

هذا ما ذكره الأصحاب - رحمهم الله - فى ذلك، وقال الإمام: إذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية، وإن قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شىء.

وإن أوجبنا الصاع فههنا وجهان، هذا إذا لم يكن اللبن متقوما، وإن كان له قيمة فلا بد من بدله.

وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر؟ فيه وجهان.

وهذا التخريج حسن والأصح من هذه الأوجه عند الرافعى وصاحب التهذيب أنه يرد، ولا يرد بدل اللبن، وهو الثانى فى كلام المصنف رضى الله عنه.

قال الرويانى فى البحر: وهذا أقرب عندى والأصح عند القاضى أبى الطيب والجرجانى: أنه يردها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الإبل والغنم وقال ابن أبى عصرون: إنه الأقيس به فى المرشد.

وقد تقدم فى باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى - رضى الله عنه - أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز، وهو رد ما صححه القاضى أبو الطيب هنا؛ لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية، كما لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن غنم، وعلى ما تقدم من تخريج الإمام رجع النظر إلى تحقيق مناط، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا؟ فإن كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله كما قال الإمام، قال: لأن نفى البدل فى هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجبه قياس.

**فرع**: حكم [إناث][1] الخيل حكم الجارية، وذكره الماوردى، ولم يذكر الماوردى فى الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا فى كلام المصنف رحمه الله.

قال العبدرى: لنا فى تصرية لبن الجارية قولان، وفى الأتان وجهان، فاقتضى كلامه أن الخلاف فى الجارية منصوص عليه، وكذلك رددت القول فيما تقدم فى ذلك هل هو وجهان أو قولان؟ والله أعلم.

**فرع**: من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر فى الإبل والغنم البخارى - رحمه الله - فإنه قال فى تبويبه باب النهى: «للبائع ألا يحفل الإبل والغنم والبقر وكل محفلة، والمصراة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما» ولم يذكر فى الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته، والله أعلم.

**فرع**: حكى المصنف فى التنبيه وجهين:

**أحدهما**: أنه لا يرد.

**والثانى**: أنه يرد ولا يرد بدل اللبن، فالثانى فى التنبيه هو الثانى فى المهذب، والأول فى الثانى يحتمل أن يكون هو الثالث فى المهذب وهو أنه لا يردها، ولا شيء له، ويحتمل أن يكون هو الرابع.

وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش، ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذى هو

(١) سقط فى ط.

مشترك بين الوجهين، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه، وهو الأول.

وقال ابن الرفعة فى قول التنبيه: إنه لا يرد، قال: أى ويأخذ الأرش وقال: إن القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ.

**قلت**: وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم، وأما كلام ابن يونس فمحتمل؛ لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ، وهو الاحتمال الذى قلت: إنه الأولى، وحينئذ لا ينسب إلى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى والله - سبحانه - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن اشترى أتانا مصراة، فإن قلنا بقول الإصطخرى: إن لبنها طاهر، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة.**

**وإن قلنا: بالمنصوص: إنه نجس ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه يردها ولا يرد بدل اللبن؛ لأنه لا قيمة له، فلا يقابل ببدل.**

**والثانى: يمسكها ويأخذ الأرش؛ لأنه لا يمكن ردها مع البدل؛ لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها، ولا إمساكها بالثمن؛ لأنه لم يبذل الثمن إلا لتسلم[1] له الأتان مع اللبن ولم تسلم، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش.**

**الشرح**: الأتان الأنثى من الحمر، وقول الإصطخرى - رحمه الله - بطهارة لبنها معروف مشهور، وهو يقول بطهارته وحل تناوله، وعده الإمام من هفوات بعض الأئمة.

وحكى الإمام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمته وهذا بعيد، والمذهب نجاسته وقد تقدم أن تصرية الأتان هل هى عيب أم لا؟ على وجهين، وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا خلاف فى أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك فى الجارية، إذا عرف ذلك ففى حكم تصرية الأتان طرق.

**إحداها - ما ذكره المصنف - رحمه الله -**: أنه إن قلنا بطهارة لبنها ردها، ورد بدل اللبن وإن قلنا بنجاسته فقيل: يردها ولا يرد معها شيئا، وقيل، يمسكها ويأخذ الأرش، وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد.

---

(١) فى أ: ليسلم.

الطريقة الثانية: التى ذكرها الماوردى من العراقيين، والقاضى حسين من الخراسانيين: أنه هل يرد أو لا يرد؟ فى المسألة وجهان: فإن قلنا: بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا.

وإن قلنا: بطهارة لبنها، وهو قول الإصطخرى، فهل يرد معها صاعا من تمر؟ على وجهين كالجارية وإناث الخيل.

وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله .

والطريقة الثالثة: التى ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الجزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف فإن قلنا: بطهارته رد بدله صاعا من تمر.

وإن قلنا بنجاسته لا يرد؛ لأن النجس لا بدل له ولا قيمة، وهذه تخالف طريقة الماوردى فإن الماوردى يتردد فى رد بدل اللبن على القول بطهارته، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به، وتخالف طريقة المصنف - رحمه الله - فى قوله: إنه يمسكها ويأخذ الأرش، وقد نقل الشاشى عن القاضى أبى الطيب أن الأوجه التى فى الجارية فى الأتان على قول الإصطخرى فهذه الطرق الثلاثة فى طريقة العراقيين وبعضها فى كلام الخراسانيين كما تقدم.

والطريقة الرابعة: التى ارتضاها الإمام أنه إن قلنا: اللبن نجس فلا يقابل بشىء، ولكن لا يبعد إثبات الخيار؛ إذ قد يقصد غزارة لبنها لمكان الجحش، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد، وإن حكمنا بأنه طاهر فكذلك، فإن اللبن المحرم لا يتقوم وإن حكمنا بحله فالقول فى تصرية الأتان كالقول فى تصرية الجارية، وقد تقدم كلامه فى الجارية، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردى فى إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله، وتخالفها فى أن الماوردى لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه، وفى أن الماوردى لم يبن الخلاف فى الرد على الخلاف فى النجاسة، وإنما حكى الخلاف فى الرد وفى سائر الحيوانات غير الإبل والبقر والغنم.

فإن قلنا: بشمول الحكم للجميع فالماوردى جازم على قولنا بنجاسة اللبن، يرد الأتان ولا شىء معها، والإمام مقتضى كلامه التردد فى ردها وطريقة الإمام تخالف طريقة المصنف - رحمه الله - أيضا - ولأن الإمام لم يتعرض لإمساكها بالأرش، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه، والله أعلم.

ولم يتعرض ابن عبد السلام فى اختصار النهاية لما أشار إليه الإمام من التردد فى

ثبوت الخيار، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه:

**أحدها**: أنه يردها ويرد معها بدل اللبن.

**والثانى**: أنه يردها ولا يرد معها شيئا، وهذا هو الصحيح عند الرافعى وغيره، وهو الذى جزم به المصنف - رحمه الله - فى التنبيه.

**والثالث**: أنه لا يردها ويأخذ الأرش.

**الرابع**: الذى دل عليه كلام الإمام أنه لا يردها ولا شىء له؛ لأنه جعل ذلك من صور الخلاف. ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التى تقدمت الإشارة إليها، ويأتى ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف - رحمه الله - فى تجعيد شعر الجارية.

وإذا كان كذلك فيقتضى كلام الإمام المذكور إثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له.

وكذلك يقتضيه كلام الماوردى حيث ألحق الأتان بالجارية، وحيث حكى الخلاف فى سائر الحيوان مطلقا غير الإبل والبقر والغنم، كما تقدم عن البصريين والبغداديين فى أن التصرية فيها عيب، أو ليست بعيب، وكلام غيره أيضا، وهذا الوجه ليس مذكورا فى كلام المصنف رحمه الله.

والأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد - أيضا - مع قوله: أن لا خلاف فى أنها عيب.

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذى تقدم عن البصريين أن التصرية فى ذلك ليست بعيب.

فيجوزون الأوجه الأربعة، وهى نظير الأوجه الأربعة التى ذكرها المصنف - رحمه الله - فى الجارية وإن كانت المآخذ مختلفة.

وقال ابن أبى عصرون على قول الإصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب، وقولهم فى التفريع عليه: إنه يرد مثل بدل لبن الشاة قال: وعندى ينبغى أن يرد الأرش؛ لأن لبنها لا يساوى لبن الأنعام ولا يلحق به فى تقدير بدله.

كما أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن [بها ويقضى][1] من قيمة الأم.

---

(١) فى أ: بما نقص.

وهذا الذى ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد؛ لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعام وإن كانت أنقص قيمة منها فإن بعض الأنعام لبنها أنقص قيمة من بعض، ولا اعتبار بذلك ويلزمه أن يقول بذلك فى الجارية، ولم يقل به هناك، بل قال: إن الأقيس أنه يجب رد بدله، والله أعلم.

فرع: قول المصنف - رحمه الله - « لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقدم فى الجارية « ولم يبذل الثمن إلا ليسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة فى بعض النسخ - بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة - والأحسن أن يقرأ - بفتح التاء وإسكان السين وفتح اللام المخففة - فإن البائع سلم الأتان مع اللبن، [وسلم الجارية مع اللبن][1] ولكن حصلت فى ذلك السلامة للمشترى.

فرع: جزم المصنف فى التنبيه بأنه يرد الأتان، ولا يرد بدل اللبن وتردد فى رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن، فأما جزمه برد الأتان وتردده فى رد الجارية فلأن لبن الأتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية فى ذلك، وعلى قوله فى المهذب: إنه لا يرد قال: إنه بأخذ الأرش يكون اللبن فى الأتان مقصودا فلم يتردد قوله لا فى المهذب ولا فى التنبيه فى أن لبن الأتان مقصود، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وإن كنا قد حكينا عن غير المصنف - رحمه الله - وجها رابعا بعدم الرد مطلقا وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود.

وأما جزمه فى التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان، فإنه تفريع على المذهب فى نجاسته، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الإصطخرى، قال: وقيل على القول بطهارته يجب الصاع، وهذا الذى قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتا فيه كما تقدم، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه؛ لأن صاحبه فى المهذب جازم على قول الإصطخرى: يرد بدل اللبن، فيجب حمل كلامه فى التنبيه على المذهب، فيكون موافقا لذلك، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمل كلامه فى التنبيه على طريقة وكلامه فى المهذب على طريقة

(١) سقط فى ط.

أخرى، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك، والله - تعالى - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: « إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال. ففيه وجهان بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصح؛ لأنه شرط مجهول فلم يصح.**

**والثاني: أنه يصح؛ لأنه يعلم بالعادة فصح شرطه، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط [فهو بالخيار][(١)] بين الإمساك والرد».**

**الشرح:** هذه المسألة جزم الرافعي - رحمه الله - في باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع، وصرح في الروضة بأنه يبطل البيع قطعا؛ لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد، وقال مع ذلك: إنه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبنا - وإن قل - فلا خيار له، وإن لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار، وكذلك قال غيره، ونقلوا عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يقول بالبطلان في هذه - أيضا - ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد، قاله الروياني.

وكلتا المسألتين لا إشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب، وصرح صاحب العدة حكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاهما المصنف - رحمه الله - حرفا بحرف، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة، ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبي عصرون وذلك وهم منه، ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة.

وقال الروياني في البحر: لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا، قال أصحابنا: لا يصح قولا واحدا.

قال: وقيل: فيه وجه أنه يصح، وقال ابن أبي عصرون في الانتصار: إنه لا يصح البيع على أصح القولين، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج، وممن

---

(١) في أ: فله الخيار.

حكى الخلاف - أيضا - فى هذا الباب العمرانى، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف، وكذلك حكاه فيما إذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا، والمشهور فى المسألتين القطع بالفساد ولم أر الخلاف إلا فى كلام المصنف والرويانى وصاحب العدة أيضا.

على أن المصنف - رحمه الله - وجده كاف فى النقل، فهو الثقة الأمين، ولا يستبعد ذلك من وجهة المعنى، فإن ذلك قد يعلم بالعادة فإن الشاة التى خبرها البائع وجربها دائما وهى تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه، فهذا العقد الذى جرب وجوده منها فى جميع الأيام يغلب على الظن دوامه، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمرانى فذلك بعيد إلا على إرادة التقريب الكثير، نعم ههنا كلامان:

**أحدهما**: أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن، واشتراط الحمل، فإن اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف فى الحمل، وذلك لا يمكن تصحيحه؛ لأنه لا يمكن العلم به.

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب:

**إحداها**: يشترط مقدار أو وصف فى الحمل وهذا لا يصح قطعا؛ لأنه لا سبيل إلى علمه ولا ظنه.

**الثانية**: اشتراط أصل الحمل واللبن، وهذا يصح على الأصح؛ لأنه معلوم موجود، عليه أمارات ظاهرة.

**الثالثة**: اشتراط مقدار من اللبن، فهذا قدر يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحوها، ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرا فلذلك جرى التردد فيه.

**الثانى**: أن بناء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط الحبل، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا؛ لأن الشرط صحة اشتراط الحبل، لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف - رحمه الله - على حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به والفرق ما قدمته وجعلته من رتبة منحطة غير رتبة أصل الحمل واللبن، والله أعلم.

**التفريع**: إذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف فله الخيار بين الإمساك والرد كما قال المصنف، كالمصراة، بل أولى من حيث المعنى؛ لأن هذا بشرط صريح، وذاك بما

يجرى فيها الخلاف المذكور فى المصراة فى أنه يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام، أو يكون على الفور أو لا يثبت إلا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة، ولا يأتى ههنا قول أبى حامد: إنه لا يثبت الخيار بعد الثلاث؛ لأن هناك مأخذه أن الخيار ثابت بالشرع، وههنا ثابت بالشرط، وأيضا الخيار فى التصرية خيار عيب على قول كما تقدم، وأما هنا فخيار خلف ليس إلا

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فإن كان ذلك بطرآن حادث يقتضى ذلك فلا إشكال فى أنه لا يثبت الخيار؛ لأن ذلك غير لازم للبائع؛ لأن سببه ما حدث فى يد المشترى، وإن لم يظهر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال: إنه لا أثر للنقص أيضا؛ لأنه لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط، وعلم بذلك مزاج الحيوان، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول على تغير طرأ، وكذلك فى المصراة لدوام اللبن مدة، ثم حصل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية، بل ذلك محمول على نقص حادث، وإنما يبقى ثبوت الخيار حينئذ إذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين.

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال: إنه إذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر.

وتكون الثلاثة ضابطا لذلك لاعتبار الشارع إياها فى هذا الباب، ويحتمل ألا يضبط بمدة معينة بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارئ. والله - سبح -انه أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة، [الشعر][1] أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها - ثبت له الرد؛ لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية، وإن سبط شعرها ثم بان أنها جعدة الشعر ففيه وجهان:**

**أحدهما: لا خيار له؛ لأن الجعدة أكمل وأكثر ثمنا.**

**والثانى: أنه يثبت له الخيار؛ لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده، وهذا لا يصح؛ لأنه لا اعتبار به وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن، والجعدة أكثر ثمنا من السبطة، وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة، أو بان أن باطنها دون ظاهرها**

(١) سقط فى ط.

**فى الجودة ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة فى المسألة قبلها».**

**الشرح:** الفصل يتضمن مسائل من التغرير الفعلى ملحقة بالمصراة، إما بلا خلاف وإما على وجه، وقد كنت أشرت فيما تقدم إلى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا، ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل.

قال الإمام: إن أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التصرية من البهيمة إذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار، فلو جعد الرجل شعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيد الخلقة، ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشترى، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة، وقد طردت فى هذا مسلكا فى الأساليب، وإذا جرى الحالف بشىء لا ظهور له فلا مبالاة به، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة[1] أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة، فإذا أخلف الظن ففى ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شىء فى العادة فما تناهى ظهوره يتأصل فى الباب وما لا يظهر يخرج عنه، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه.

هذا كلام الإمام، وهو منبه على المراتب الثلاث التى يثبت الخيار فيها جزما والتى لا يثبت جزما، والتى يتردد فيها، ولم يذكر المصنف المرتبة التى يجزم بعدم الخيار فيها اقتصارا منه على ما يلحق بالتصرية جزما أو على وجه، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف - رحمه الله - من المرتبة الأولى أمثلة:

منها إذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياسا على المصراة؛ لأن الغرض يختلف بالجعودة والسبوطة وأيضا الجعودة قيل: إنها تدل على قوة الجسد، والسبوطة تدل على ضعفه، وللمسألة شرطان:

**أحدهما:** أن يكون المشترى قد رأى الشعر، فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان:

**أحدهما:** - وبه قال الأكثرون وابن أبى هريرة -: أنه لا يصح ويكون كبيع الغائب.

**والثانى:** وبه قال القفال وجماعة، وهو الأصح عند الماوردى الصحة، فعلى

---

(١) فى أ: مثله.

الأول لا تأتى المسألة، وعلى الثانى إذا لم يره لا يثبت الخيار إلا إذا شرط.

وقد قال الشافعى - رحمه الله - فى المختصر: ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد؛ فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر، وعلى الوجه الثانى يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جعدة، وفى كلام الرافعى ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط، وإن فرعنا على الأصح؛ لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوى الحالتان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما، ففى كون المسألة منصوصة للشافعى لهذا الاحتمال، وعلى كل حال لا خلاف فى المذهب فيها.

قال القاضى حسين فى رؤية الشعر: نشأ من اختلاف أصحابنا فى قول الشافعى - رحمه الله -: « ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد » من أصحابنا من حمله على الشرط، ومنهم من قال: أراد إذا جعد شعرها بالتدليس.

الشرط الثانى: ما تقدم عن الإمام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة، والأكثرون ساكتون عن ذلك، ولا شك أنه إذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع، فالمشترى منسوب إلى تفريط، أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا، فهذا هو المثبت للخيار، وهو مراد الأصحاب.

وشرط ثالث: فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره بإذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفورانى فى الإبانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما إذا تحفلت الشاة بنفسها.

وقد تقدم أن فيها خلافا، وفى الصحيح خلاف، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم، فينبغى أن يكون هنا كذلك.

وكلام ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار فى ذلك، فإنه قال: إن نظر إلى شعرها فرآه جعدا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جعده، وكذلك عبارة الماوردى فى الحاوى والفورانى - أيضا - فى العمدة وهو الظاهر، فإنه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه، وبين أن تحفل الشاة بنفسها، ولعل الأصحاب إنما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة؛ لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا، وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى فى العادة فأفرض وقوعه، فهو كحفل الشاة بنفسها، ولعل الفورانى من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالى

فى الوجيز، فيكون جزمه فى تجعيد الشعر بنفسه على ذلك.

**تنبيه**: المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند العرب وهو ما ظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط، فإن ذلك مكروه أيضا، وأحسن الشعر ما كان بين ذلك.

وقد جاء فى وصف شعر النبى ﷺ: «أَنَّهُ كَانَ شَعْرًا رَجْلًا، لَيْسَ بِالْجَعْدِ الْقَطَطِ وَلَا بِالسَّبِطِ»[1] وفى رواية أخرى: «لَمْ يَكُنْ بِالْجَعْدِ الْقَطَطِ وَلَا بِالسَّبِطِ، كَانَ جَعْدًا رَجْلًا»[2] وقوله: «سَبْطٌ» هو بفتح السين وبإسكان الباء وفتحها وكسرها أى مسترسلة الشعر من غير تقبض، والله أعلم.

**المسألة الثانية**: من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف، والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفا بحرف.

وقياس ما قاله الفورانى فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى ههنا، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكَلَّكُوْن) قاله القاضى أبو الطيب.

وهذه اللفظة مذكورة فى المهذب فى باب الإحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام [مشددة][3] مفتوحة - أيضا - ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون.

وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام - والكل الورد والكون اللون، أى: لون الورد، وهى لفظة عجمية معربة، هكذا قال النووى - رحمه الله - فى التهذيب.

ومن مسائل هذه المرتبة إذا بيض وجهها بالطلاء ثم اسمر، قاله القاضى أبو الطيب - رحمه الله - والطلاوة بياض.

وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة، قالهما صاحب التتمة، أو دهن شعر الدابة قاله المحاملى فى المقنع، وكذلك لو كان له رحى قليلة الماء فأراد [البيع فحبس الماء فى الطريق حتى اجتمع الماء

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩١٩) كتاب صفة النبى ﷺ (١) والبخارى (٦/ ٦٥٢) كتاب المناقب باب فى صفة النبى ﷺ (٣٥٤٨) ومسلم (٤/ ١٨٢٤) كتاب الفضائل باب فى صفة النبى ﷺ (١١٣/ ٢٣٤٧) من حديث أنس بن مالك.

(٢) أخرجه البخارى (٣٥٤٧) من حديث أنس بن مالك بلفظ [ليس بجعد قطط ولا سَبط رَجِل].

(٣) فى ط: مشدودة.

الكثير فلما أراد][1] العرض على البيع والإجارة أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشترى أن الرحى كثيرة الماء شديدة الدوران، ثم ظهر أن الماء قليل.

اتفق الأصحاب عليها، وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها.

كذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الإجارة، أعنى إجارة الأرض، فكذا إذا أرسل الزنبور فى وجه الجارية فانتفخ وظنها المشترى سمينة ثم بان خلافه، أو لون جوهرا بلون البلخش أو العقيق أو الياقوت، فظنه المشترى كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح بيعه؛ [صح][2].

اتفق الأصحاب فى جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار، لما ذكره المصنف رحمه الله.

وقوله: « بما يختلف به الثمن » يحترز به مما لا يختلف به الثمن، كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جعدا، فإن الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده، ولكن باعها مطلقا فوجدها المشترى بيضاء الشعر، فسيأتى حكمه بالرد بالعيب إن شاء الله تعالى.

ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا والمشترى يظنه عقيقا أو فيروزجا.

قال القاضى حسين: لا خيار له كما لو اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشترى حاملا ولم تكن فلا خيار، ولك أن تقول: إذا ظن المشترى من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعدم الخيار.

وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع، وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه سيأتى إن شاء الله تعالى.

فينبغى أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها فيجرى فيها ذلك الخلاف.

وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل البائع، ينبغى أن يجرى فيه الخلاف ويكون حكمه حكم الشاة إذا تحفلت بنفسها؛ لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن.

**المرتبة الثانية**: ما فى ثبوت الخيار فيها خلاف، وهو على قسمين، منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن، ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل مما ظنه ولنقدم الكلام فى هذا، فمن ذلك ما ذكره المصنف - رحمه الله - إذا سبط شعر

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.

الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر، فلا شك أن الجعد أشرف، وقد يكون السبط أشهى إلى بعض الناس ففى المسألة طريقتان:

**إحداهما**: ما ذكره المصنف وارتضاه الإمام واقتصر الرافعى عليها، أن فى المسألة وجهين كالوجهين فيما إذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة ففى الخيار بالخلف فى هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا.

**أصحهما**: فى المسائل الثلاث أنه لا خيار، [والذى][1]حكاه الماوردى عن ابن سريج فى شرط السبوطة.

**والطريقة الثانية**: أنه لا يثبت الخيار فى التدليس بالسبوطة وجها واحدا وإن ثبت فى الخلف باشتراطها، قال الصيدلانى وجعل ذلك ضابطا عاما: إن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا، وجها واحدا فالتدليس الظاهر فيه كالشرط، فإذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان فى الخيار وجهان، فإذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن، قال: لا خيار وجها واحدا، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل فى الباب عن القول.

قال الإمام: وهذا تحكم لا يساعد عليه، والتدليس فى ظاهر الفعل كالقول فى مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء، فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففى الخيار الوجهان عندنا.

قال ابن الرفعة: ولك أن تعجب من قول الإمام: إن ما ذكره الصيدلانى تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ إثبات الخيار عند التغرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ إثبات الخيار فى المصراة عند بعض الأصحاب إلحاق ذلك بالعيب، وإذا كان كذلك لم يحسن إثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه؛ لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلانى فى قطعه ناظرا للمعنى المذكور، ولعله هو قائله، فإن لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له.

**قلت**: وهذا ضعيف لأمرين:

**أحدهما**: أن الصيدلانى إنما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول.

---

(١) فى أ: وهو الذى.

وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسبوطة، فإن لم يكن الفعل والظن معتبرا فى الثانى لم يكن معتبرا فى الأول، فلا يثبت الخيار فى واحد منهما، وإن قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما، وإن قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف فيجب أن يكون ذلك فى الصورتين.

أما الحكم بثبوت الخيار فى الأولى قطعا كالقول وعدمه فى الثانية قطعا لا وجه له.

ولو كان الصيدلانى سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت فى الأولى بالعيب ومنتف فى الثانية لعدم العيب، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط فى الصورة الأولى، وعلى أن انتفاء الخيار فى الثانية[1] لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الإمام: إن ذلك تحكم.

**الثانى**: أن القائلين من الأصحاب بأن إثبات الخيار فى التصرية مأخذه الإلحاق بالعيب، معناه الاكتفاء فى ثبوته بفوات الذى وطن المشترى نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة، حتى يثبت فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار إلا إذا كان حاصلا بتدليس من البائع كما تقدم، وإذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا؛ لأن المشترى وطن نفسه على السبوطة لما رآها، وقد يكون له فيها غرض فليس معنى إلحاق ذلك بالعيب إلا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة، فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب، وليس الوصف الذى رآه من السبوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا، والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب، إذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما، ويدلك على هذا أن الصحيح - كما تقدم - أن التصرية ملحقة بالعيب، كما دل عليه كلام الشافعى - رضى الله عنه - والعراقيين ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها، والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين، فلو كان المأخذ فى ذلك إلحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا.

(١) فى ط: وعلى انتفاء الثانية.

وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار؛ فلأن الصحيح من الوجهين فيما إذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك، والله أعلم.

وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على إلحاقه بالتصرية وإنما الخلاف فى الرد بحكم ذلك فعلى وجه يرد كما فى التصرية، وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح، وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الإشارة إليها فى كلام الإمام، وإنما ذكرته فى المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف فى الجملة نعم كلام الصيدلانى وما أشار إليه من ضعف الظن وتصور الفعل يقتضى التردد فى إلحاقه بالتصرية، وقد تقدم ما فيه.

ثم إن المصنف - رحمه الله - رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبار بغرض المشترى، وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن؛ لأنه المعتبر لعموم الناس، وهذا سيأتى مثله - أيضا - فى كلام المصنف فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا، وقد حكى الرويانى فى البحر أنه لو صرح باشتراط السبوطة فخرجت جعدة، قال بعض أصحابنا بخراسان: يثبت الخيار وجها واحدا لأجل التصريح، وقيل: فيه وجهان.

فحصل فى كل من المسألتين طريقان:

الصحيح فيهما: إجراء الوجهين وقيل فى المسألة الشرط يثبت قطعا، وقيل فى مسألة التدليس لا يثبت قطعا.

القسم الثانى من هذه المرتبة الثانية التى هى محل الخلاف: ما يضعف الظن فيه.

والخلاف فى هذا القسم فى إلحاقه بالتصرية لأجل التغرير والظن، أولا لضعف الظن فى هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند إلى أمر غالب، فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب اكتشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه، وكذلك الخلاف فى هذا القسم، فمن ذلك لو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين، أو سود أنامله وخيل كونه كاتبا أو خبازا فبان خلافه فوجهان:

**أحدهما**: يثبت الخيار للتلبيس.

**وأصحهما عند الرافعى وغيره** -: لا خيار وبه جزم الجرجانى؛ لأن الإنسان قد يلبس ثوب غيره عارية فالذنب للمشترى حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشترى أن المملوك تركى وكان روميا، فالحكم

على ما ذكرنا، قاله صاحب التتمة، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها، فتخيل المشترى كونها حاملا قاله الإمام والمتولى قولا عن الأصحاب والرافعى.

كذلك لو أرسل الزنبور فى ضرعها حتى انتفخ، وظنها المشترى لبونا قاله المتولى والرافعى أيضا؛ لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدى، بخلاف صورة التصرية، وكثرة اللبن، فإنه لا سبيل إلى معرفتها، وقيل[1] إثبات الخيار فى مسألة تحمل الحمل منسوب إلى أبى حامد، وقال ابن الرفعة: وظاهر كلام الأصحاب فى ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل فى الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين فى الرافعى فى كتاب الصداق والموجود فى أكثر الكتب.

أما إذا قلنا: إنه عيب، وهو ما أورده فى التهذيب، فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة لأن الأغراض تختلف به وإن كان يعده وصف كمال، وقد أسلفت ما فيه.

**قلت**: وكان مراده بذلك أن يأتى فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار، كما قال الصيدلانى هناك، وانتصر له.

وإن كنت قد بينت هناك ما يرده من كلام الصيدلانى أما ههنا فلا يأتى ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلانى، ولكن قد يقال: الحمل وإن كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء، ويتعلق الغرض به، ولهذا يصح اشتراطه فى الجارية على الأصح وإن كان عيبا فيها، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس.

**والطريقة الصحيحة**: إجراء القولين فى اشتراط حمل الجارية، والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل فى الآدميات عيب، وأن شرطه إعلام بالعيب ضعيف.

والأصح أن الحمل فى الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره فى كتاب الصداق، فليس نقصا من كل وجه، حتى يكون عدمه كعدم العيب، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة؛ فلذلك يثبت به الخيار.

وقال ابن الرفعة فى كتاب البيع: إنا إذا قلنا: إنه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق.

---

(١) فى أ: وقول.

وفى كلام الرافعى - رضى الله عنه - ما يقتضى أن هذه طريقة ليست المذهب، ولكن مع ذلك إنما يأتى إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه، وهو بعيد، فإنه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه فى بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض.

المرتبة الثالثة التى لا يثبت فيها الخيار قطعا: وهو إذا جرى الخلف بشىء لا ظهور له، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا هكذا ذكره الإمام، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما فى المرتبة الثانية، [وأما][1] إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة، وذكر الرويانى فيما إذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتبا طريقين:

**أحدهما**: أن فيه وجها واحدا؛ لأنه يحتمل أن يكون استعار ثوبا فقد ظن فى غير موضعه، فهذا الذى قاله الرويانى يحتمل أن يكون فى المسألة من حيث الجملة، ويحتمل أن يكون القطع فى محل، والخلاف فى محل آخر على ما تقدم، ويحتمل أن يكون الطريقان فى هذه المرتبة الأخيرة والأفقه التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف - رحمه الله - هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية، وإنما ذكر مسألة سبوطة الشعر وقد نبهت على أنها - وإن كان فيها خلاف فى الرد - فليس ذلك اختلاف فى إلحاقه بالمصراة، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل.

فينبغى أن يحمل كلام المصنف - رحمه الله - على أنه لم يرد إلا ذكر المصراة وما يلحق بها، ولذلك ذكر بعده مسألة هى من المرتبة الأولى التى لا خلاف فى ثبوت الخيار فيها، وهى إذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة، أى وإن كان الكل جيدا لا عيب فيه فأما مسألة الصبرة إذا بان أنها على صخرة وكان المشترى عند العقد يظن أنها على استواء الأرض، فهل يتبين بطلان العقد؟ وفيه وجهان:

**أصحهما**: لا، ولكن للمشترى الخيار كما ذكره المصنف - رحمه الله - تنزيلا لما ظهر فى منزلة العيب والتدليس وهو الذى نص عليه الشافعى فى باب السنة فى الخيار فى الجزء السابع من الأم.

---

(١) فى أ: ما.

قال الرافعى - رضى الله عنه -: وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره.

وقلت: وممن جزم به الماوردى فى باب الشرط الذى يفسد البيع، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة.

**والثانى**: وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد؛ لأنا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علما، هذا إذا ظنها مستوية الأرض، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق:

**أصحها**: أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب.

**والثانى**: القطع بالصحة.

**والثالث**: القطع بالبطلان، وهو ضعيف، وإن كان منسوبا إلى بعض المحققين.

فإن قلنا: بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها، والوجهان فى حالة الظن الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا، وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة فالتلبيس حاصل كمسألة المصراة، وتجعيد الشعر، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها فى غير كلام المصنف - رحمه الله - أتبعه ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد، وإنما المشهور فى كلام الأصحاب إذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا، أما إذا وجده دون ظاهرها فى الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له، لكن فى كلام الشيخ ما يحتمله فإنه قال فى باب الشرط الذى يفسد البيع: إن نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم، وإن كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار؛ لأنه تدليس، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف، وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس، وهذا فرع عن القول بصحة البيع.

وقد قال الإمام عند الكلام فى بيع الغائب: ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظى عن الإمام أن ذلك بيع غائب، وفيه احتمال ظاهر عندى، وإنما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجعيده، والخلاف فيها لغير إلحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه، والله تعالى أعلم.

وقد يقال: إن العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بإدخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وإرسال الزنبور وأخواتها؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف.

والجواب أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد، لا ينسب صاحبه إلى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن، ودلالة تلطخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب إلى تفريط، وقد نص الشافعى - رحمه الله - فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه إن خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز، وإن خلطهما أو حنطتين إحداهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار؛ لأنه جعله من الغش المحرم، والغش المحرم يثبت الخيار

**فروع:** إذا أسلم إليه فى جارية جعدة فسلم إليه [سبطة كان له ردها وإن أسلم فى سبطة فسلم إليه][1] جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين، قاله القاضى أبو الطيب.

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ففى الرد وجهان فى الحاوى وغيره.

قال فى المجرد من تعليق أبى حامد وغيره: الصحيح أنه لا يرد، وقياسه أن يأتى الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما فى السبوطة، وكذلك فى البحر، لكنه فى نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار فى تلقى الركبان مستنده التغرير كالتصرية وكذا خيار النجش إن أثبتناه، ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشىء منى بكذا، أو اشتريته بكذا، فإن المشترى يغتر بما يقوله ويزيد فى الثمن بسببه، قاله القاضى حسين وغيره، والله تعالى أعلم.

**فرع:** غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب، ذكر العراقيون هذا الفرع فى مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد بن الحسن بعضهم عن الإملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى: قال لى محمد بن الحسن: فما تقولون فيما إذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد؟ قلت: نعم فقال: إذا رد أيرد شيئا لأجل اللبن؟ قلت: لا، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال: والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها

---

(١) سقط فى أ.

حالة العقد، فلم يتقسط عليه شىء من الثمن فلم يجب رد قيمته.

واعترض الإمام على ذلك بأنا إذا كنا نردد القول فى أن الحمل هل يعلم؟ فاللبن معلوم فى الضرع، قال: وكيف لا؟ وقد تتكامل الدرة، ويأخذ الضرع فى التقطير، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى مقابلته بقسط من الثمن فإن قلنا: لا يقابل بقسط، فالجواب ما حكوه وإن قلنا يقابل، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا، وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر.

وحكى الرافعى ما قاله صاحب التهذيب، وما حكاه أبو حامد عن النص، وما رواه الإمام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن؟ قال: والصحيح الأخذ، وذلك إشارة إلى ترجيح طريقة الإمام أو طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص، وأن الأصح أنه يرد بدل اللبن.

وقال الماوردى: إن له الرد وعليه رد بدل اللبن ولكن لا يلزمه رد صاع؛ لأن الصاع عوض لبن التصرية، فإن اتفقا على قدره فذاك، وإلا فالقول قول المشترى، فهذه أربع طرق، وفى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها قولا واحدا، ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين، وفى هذا موافقة لصاحب التهذيب، وفى تعليق الشيخ أبى حامد التى بخط سليم، وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما تفصيل لا بد منه، وهو أنه إذا لم يمكن هناك رد اللبن المحلوب ولا رد شىء لأجله؛ لأن اللبن لم يكن موجودا فى حالة العقد وإنما حدث فى ملكه وإن كان ينتج فى تلك الحالة شىء فذلك يسير لا حكم له، وما حدث فى ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة العبد، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه؛ لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن، فإيجاب البدل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن فى ضرعها لبن مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية، فحلبها ثم علم بها عيبا فإن كان اللبن تالفا فلا رد؛ لأنه تناوله لاستعلام العيب، فلا يمكن له رد بعض المبيع.

ونقل القاضى أبو الطيب أن من أصحابنا من قال: له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن، وأنه نص عليه فى القديم؛ لأن لبن غير التصرية يسير، قال أبو الطيب والشاشى: والأول أقيس، وإذا ضممت ما ذكره الرافعى والماوردى إلى ما اختاره هو لاجتمع فى المسألة فى هذا القسم خمس طرق:

**أحدها**: امتناع الرد، وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن

وافقهما.

**والثانى**: الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا، وهو المحكى عن نصه فى القديم، والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد، ولم أره فى تعليقه فى هذا القسم صريحا، وإنما ذكره مطلقا، وأما أبو الطيب فإنه صرح به فى هذا القسم كما ذكرت.

**الطريق الثالث**: قول صاحب التهذيب: إنه يردها ويرد صاعا من تمر.

**الرابع**: قول الماوردى: إنه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع.

**الخامس**: قول الإمام: التخريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة، فيلزم رد بدله، لكن ماذا يرد هل هو التمر؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره؟ كما قال الماوردى، لم يصرح الإمام فى ذلك بشىء.

وإن كان اللبن باقيا فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما ينبنى على الوجهين المتقدمين، فيما لو كان اللبن باقيا وطلب المشترى رده مع المصراة إن قلنا يرد رده وردها بالعيب وإن قلنا لا يرد يرجع بالأرش ولم يتعرض الرافعى - رحمه الله - وصاحب التهذيب والإمام والماوردى لحالة بقاء اللبن بخصوصها، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل: يرد به الصاع التمر.

لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب، والماوردى يحتمل أن يكون كذلك، وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن، إلا أن يتفقا على رده وقول الإمام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردى كما تقدم فعلى هذا يأتى فى حالة بقاء اللبن - أيضا - ست طرق: امتناع الرد أو الرد، ولا يرد معها شيئا، والرد مع رد اللبن، أو الرد مع رد التمر، أو الرد مع رد البدل غير التمر أو التخريج على المقابلة بالقسط.

وفى هذه المسألة إذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شىء ليس فى مسألة المصراة على ذلك القول، وهو أنا هناك [على قول][1] نقول: له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشترى مع ذلك ألا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر.

وأما هنا على هذا القول فإنا نقول: إما أن يرد اللبن والشاة، وإما ألا يرد شيئا، ولا نقول إن له رد التمر؛ لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر، وإنما يمتنع فكذلك إذا كان

---

(١) سقط فى ط.

باقيا، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد فى غير التصرية، والله أعلم.

تنبيه: اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن، [ومن قال برده ولا يرد بدله نقول بأنه لا تقابل بقسط][١] ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط، فيشبه أن تكون إطلاقاتهم مخرجة على ذلك، [ويكون ما ارتضاه الإمام من التخريج بين بلا خلاف على ذلك][٢] لا أن تكون طريقة مخالفة، وحينئذ تعود [الطريق إلى][٣] القسم الأول إلى أربعة وفى الثانى إلى خمسة، وإنما ذكرت طريقة الإمام معهم لمغايرتها فى ظاهر العبارة، والله أعلم.

وإذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذى ينبغى أن يكون هو الصحيح أحد قولين، إما امتناع الرد فى القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد، وقال القاضى أبو الطيب: إنه الأقيس، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله، لما فيه من تفريق الصفقة، ورد الشاة بعد تعيبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب، ولأن الصاع الذى جعل بدلا عن اللبن ورد فى المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه، وكذلك فى القسم الثانى؛ لأنهم بنوه على الوجهين السابقين فى رد لبن المصراة عند بقائه، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش، وأخذ الأرش [واحد][٤] فى القسمين إذا قلنا بامتناع الرد، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا، وإن سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا فى القسمين.

وأما قول صاحب التهذيب: إنه يردها وصاعا من تمر مطلقا فى القسمين ففيه بعد.

فإن فى الحديث الوارد فى المصراة إن صح قياس هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب، وإن لم يصح قياسها على المصراة وجب أن يجرى فيها على حكم القياس؛ فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول: الماوردى مخالف للأمرين جميعا، فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين: إما قول أبى الطيب

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: الطرق فى.
(٤) سقط فى ط.

ومن وافقه، وإما قول صاحب التهذيب.

وفى كل منهما مرجح.

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارع فى المصراة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له فى المصراة فى غيرها لا سيما والمعنى الذى ثبت لأجله من قطع التنازع موجود ههنا.

فيثبت بالقياس على المصراة، وأما قول الشيخ أبى حامد وأبى الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى فى غير المصراة، وقصر الحكم الوارد فى الحديث على محل النص.

لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محله والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر.

وقال صاحب العدة: إنه ظاهر المذهب، وعندى فى الترجيح بين القولين نظر، إن قوى القياس على المصراة يترجح قول صاحب التهذيب، وإلا يرجح قول أبى الطيب، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه، والقلب إلى ما قاله هؤلاء أميل منه إلى ما قاله صاحب التهذيب، والعجب أن الرافعى لم يتعرض لهذا ولا حكاه.

هذا إذا كان عند العقد لبن موجود له قيمة، فإن لم يكن كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه.

واعلم أن إطلاق النص يقتضى - أيضا - مخالفة قول الأكثرين، وقول صاحب التهذيب وقول الماوردى وأنه يردها ولا يرد معها شيئا، فإما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم، وإما أن يكون محمولا على ما إذا كان لبن يسير.

أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم وحكيناه فى غير موضع، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله، والله أعلم.

إلا إذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن.

ويحتمل أن يحمل قول الشافعى - رضى الله عنه -: لا يرد شيئا لأجل اللبن، أى اللبن الحادث، فإن فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال: «وإذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا» وقوة هذا الكلام تشير إلى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر،

وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فإنه سئل عنها فقال: ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر، والله أعلم.

فرع: إذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا؟ لم يرد معها شيئا، وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته، والله أعلم.

فرع: الكلام إلى هنا فى بيع المصراة، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر، وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين، فترجموا الأول بباب بيع المصراة، وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب.

والمصنف - رحمه الله - جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها؛ لما روى عقبة بن عامر - رضى الله عنه - قال: سمعت النبى ﷺ يقول: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، فَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا يَعْلَمُ فِيهِ عَيبًا إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ» فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال: «اشْتَرَيْتُ نَاقَةً مِنْ دَارِ وَاثِلَةَ بْنِ الْأَسْقَعِ فَلَمَّا خَرَجْتُ بِهَا أَدْرَكَنَا عُقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ فَقَالَ: هَلْ بَيَّنَ لَك مَا فِيهَا؟ قُلْتُ: وَمَا فِيهَا؟ إِنَّهَا لَسَمِينَةٌ ظَاهِرَةُ الصِّحَّةِ.**

**فَقَالَ: أَرَدْتَ بِهَا سَفَرًا أَمْ أَرَدْتَ بِهَا لَحْمًا؟ قُلْتُ: أَرَدْتُ عَلَيْهَا الْحَجَّ قَالَ: إِنَّ بِخُفِّهَا نَقْبًا.**

**قَالَ صَاحِبُهَا: أَصْلَحَكَ اللَّهُ مَا تُرِيدُ إِلَى هَذَا تُفْسِدُ عَلَى؟، قَالَ: إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ يَبِيعُ شَيْئًا إِلَّا بَيَّنَ مَا فِيهِ، وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا بَيَّنَهُ فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُبَيِّنْ الْعَيْبَ صَحَّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ النَّبِى ﷺ صَحَّحَ الْبَيْعَ فِى الْمُصَرَّاةِ» مع التدليس بالتصرية».**

**الشرح**: حديث عقبة بن عامر[1] هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم فى المستدرك

---

(١) أخرجه أحمد ١٥٨/٤، وابن ماجه ٥٧٨/٣ كتاب التجارات باب من باع عيبًا فليبينه (٢٢٤٦)، والحاكم ٨/٢، والبيهقى ٥/ ٣٢٠ كتاب البيوع باب جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . . .

وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

فأما حكمه بصحته فصحيح؛ لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة، وأما قوله إنه على شرط الشيخين ففيه نظر؛ لأن فى رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقى، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخارى، وإنما هما من أفراد مسلم.

وللحاكم شىء كثير مثل هذا، وذلك محمول منه - والله أعلم - على أن الرجال المذكورين فى إسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم وإثبات ذلك صعب، فإنه يتوقف على سبر جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء، والموازنة بينهما، وإن تأتى ذلك فى النادر فإنه يصعب فى الأكثر، ولعل عند البخارى شيئا من حال الشخص الذى لم يخرج له لا نطلع نحن عليه، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت.

نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقين متفق عليهم.

وقد ذكر البخارى فى جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال فى باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا.

وقال عقبة بن عامر: «لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يَبِيعُ سِلْعَةً يَعْلَمُ بِهَا دَاءً إِلَّا أَخْبَرَهُ» أورده هكذا معلقا، وذلك لا يقدح فى رواية من رواه مرفوعا، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبى ﷺ.

واعلم أن فى لفظ الحديث فى رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة فى اللفظ لما ذكره المصنف - رحمه الله - فى الكتاب، فإن لفظ ابن ماجه: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ لِأَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ» ولفظ الحاكم كذلك، وكذلك البيهقى عنه: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ إِنْ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ أَلَا يُبَيِّنَهُ لَهُ» وليس فى شىء من الروايتين التقييد بالعلم كما فى كلام المصنف - رحمه الله - وإن كان العلم لا بد منه فى التكليف، ولكن ترك ذكره كما فى الرواية أبلغ فى الزجر عن ذلك وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه، ولو بحث عنه

واستكشفه لعلمه، فإهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للإثم بسببه، نعم التقييد بالعلم مذكور فى الأثر الذى ذكره البخارى من كلام عقبة، وبقية المخالفة فى اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذى لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة فى صحة البيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى آخر الفصل.

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عبس - بباء موحدة من تحت ساكنة - الجهنى، وفى نسبه وكنيته اختلاف كثير، والأصح فى كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها، وتوفى بها فى آخر خلافة معاوية، روى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب إليه، وهم أربعة كلهم مصريون، وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة.

وحديث واثلة بن الأسقع الذى ذكره المصنف - رحمه الله - أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق أبى سباع المذكور، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه[١]، وفى حكمه بصحته نظر فإنه من رواية أبى جعفر الرازى عن يزيد بن أبى مالك عن أبى السباع، وأبو جعفر الرازيِ وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمى، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازى وتكلم فيه جماعة، قال الفلاس: سيئ الحفظ، وقال أبو زرعة الرازى: يهم كثيرا وقال أحمد: ليس بقوى وقال مرة: مضطرب الحديث وقال مرة: صالح الحديث وعن الساجى أنه قال: صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان: كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير، لا يعجبنى الاحتجاج بخبره إلا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات.

وأما يزيد بن أبى مالك فقال يعقوب الفسوى: فى حديثه لين [وابنه][٢] خالد، هذا ما قاله الفسوى، وقال أبو حامد[٣]: من فقهاء الشام وهو ثقة، وسأل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا، وهو يزيد بن عبد الرحمن بن أبى مالك، وقد روى عنه واثلة نفسه، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوى.

---

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك ٢/ ٩ - ١٠، والبيهقى ٥/ ٣٢٠
(٢) فى أ: كابنه.
(٣) فى أ: حاتم.

وأما أبو سباع فشامى تابعى لم أعلم من حاله غير ذلك، وواثلة بن الأسقع الراوى لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة، واختلف فى نسبه إلى ليث، ولا خلاف أنه من بنى ليث، أسلم والنبى ﷺ يتجهز إلى تبوك ويقال: إنه خدم النبى ﷺ ثلاث سنين، وعلى هذا يكون إسلامه قبل تبوك إن كان المراد ثلاث سنين كوامل، وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق، وشهد المغازى بدمشق وحمص، ثم تحول إلى بيت المقدس ومات بها، وهو ابن مائة سنة.

وقال ابن معين: توفى سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين، كذا قال البخارى فى التاريخ الكبير، ورواه فى الصغير عن ابن عياش، وهو إسماعيل عن سعيد بن خالد، وقيل: بل توفى بدمشق فى آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين.

قال أبو مسهر: ويحيى بن بكير مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع، وقيل: أبو محمد، وقيل: أبو قرصافة، وهذا القول الثالث فى كنيته قال البخارى: إنه وهم وقيل: أبو الخطاب نقله البغوى فى معجمه والصحيح فى نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب بن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره - بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة - ومن فضائله ما ذكره البخارى فى تاريخه عنه قال: لما نزلت ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحزاب: ٣٣] فقال: وأنا من أهلك؟ فقال: وأنت من أهلى، قال: فهذا أرجى ما أرتجى[1]، وأكثر الناس يقولون فيه: واثلة بن الأسقع، وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع.

وأبو السباع شامى تابعى ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك، وروى البيهقى هذا الحديث فى السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومى معا بذلك الإسناد، ولفظ الحديث فى المستدرك وسنن البيهقى كما ذكره

(١) أخرجه الطبرى فى تفسيره ١٠/٢٩٧ (٢٨٤٩٣) و (٢٨٤٩٤) وذكره السيوطى فى الدر المنثور ٥/٣٧٧ وزاد نسبته لابن أبى شيبة وأحمد وابن المنذر وابن أبى حاتم والطبرانى والحاكم وصححه والبيهقى فى سننه.

المصنف - رحمه الله - إلا شيئا يسيرا فيه « فلما خرجت بها أدركنى واثلة، وهو يجر رداءه فقال: يا عبد الله اشتريت؟ قلت: نعم قال: بين لك ما فيها؟ »[١] والباقى سواء فى المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف - رحمه الله - عن عقبة وواثلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب.

ويزيد حديث واثلة بتحريم ذلك على غير البائع - أيضا - إذا علمه وقد وردت أحاديث فى المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن النبى ﷺ: «مَرَّ عَلَى صُبْرَةِ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بَلَلًا فَقَالَ: مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟ قَالَ: أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ؟ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّى»[٢] رواه مسلم فى أول كتابه الصحيح وأصحاب السنن.

وعن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ: «مَرَّ بِرَجُلٍ يَبِيعُ طَعَامًا فَقَالَ: كَيْفَ تَبِيعُ؟ فَأَخْبَرَهُ فَأَوْحَى اللَّهُ إِلَيْهِ أَنْ أَدْخِلْ يَدَكَ فِيهِ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فَإِذَا هُوَ مَبْلُولٌ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَيْسَ مِنَّا مَنْ غَشَّ»[٣] رواه البيهقى.

وعن العداء: - بفتح العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة - ابن خالد قال: كتب إلى النبى ﷺ: «هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ مِنَ الْعَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ لَا دَاءَ وَلَا خِبْثَةَ وَلَا غَائِلَةَ»[٤] رواه البخارى تعليقا، فقال: ويذكر عن العلاء بن خالد.

وقال قتادة: الغائلة الزنا والسرقة والإباق - وهكذا هو فى البخارى: «اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ مِنَ الْعَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ» والخبثة ما كان غير طيب الكسب، وسأل الأصمعى سعيد بن أبى عروبة عنها فقال: بيع أهل عهد المسلمين، والأول أصح،

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (١/ ٩٩) كتاب الإيمان باب قول النبى ﷺ «من غشنا فليس منا» (١٠٢) والحميدى (١٠٣٣) وأحمد (٢/ ٢٤٢)، وأبو داود (٢/ ٢٩٤) كتاب البيوع باب النهى عن الغش (٣٤٥٢)، وابن ماجه ٣(/ ٥٦٤) كتاب التجارات باب النهى عن الغش (٢٢٢٤)، والترمذى (٢/ ٥٨٢) أبواب البيوع باب ما جاء فى كراهية الغش فى البيوع (١٣١٥)، وأبو يعلى (٦٥٢٠) وأبو عوانة (١/ ٥٧)، وابن الجارود (٥٦٤) والطحاوى فى شرح مشكل الآثار (١٣٢٩) والحاكم (٢/ ٨ - ٩)، والبيهقى ٥/ ٣٢٠

(٣) أخرجه البيهقى (٥/ ٣٢٠)

(٤) انظر البخارى (٥/ ٣١) كتاب البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، قبل حديث (٢٠٧٩).

وهى - بكسر الخاء وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة - فكأنه يقول: لا مرض ولا حرام ولا شيء يغوله أى بملكه من إباق وغيره.

ورواه الترمذى وابن ماجه متصلا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال: قال لى العداء بن خالد بن هوذة: «أَلَا أُقْرِؤُكَ كِتَابًا كَتَبَهُ لِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؟ قُلْتُ: بَلَى فَأَخْرَجَ لِى كِتَابًا: هَذَا مَا اشْتَرَى الْعَدَّاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خِبْثَةَ بَيْعُ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ»[١] قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ بَاعَ عَيْبًا وَلَمْ يُبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِى مَقْتِ اللَّهِ وَلَمْ تَزَلْ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ»[٢] رواه ابن ماجه.

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعى قال: «خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْبَقِيعِ فَرَأَى طَعَامًا يُبَاعُ فِى غَرَائِرَ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فَأَخْرَجَ شَيْئًا كَرِهَهُ فَقَالَ: مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»[٣] قَالَ الْحَاكِمُ فِى الْمُسْتَدْرَكِ: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ.

وَعَنْ أَبِى الْحَمْرَاءِ قَالَ: ﴿رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِجَنَبَاتِ رَجُلٍ عِنْدَهُ طَعَامٌ فِى وِعَاءٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَقَالَ: لَعَلَّكَ غَشَشْتَ: مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»[٤] رواه ابن ماجه.

والأحاديث فى تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا وحكمها معلوم من الشريعة، وكتمان العيب غش، وفى حديث حكيم بن حزام الثابت فى الصحيحين

---

(١) أخرجه الترمذى (٢/ ٥٠٣) أبواب البيوع باب ما جاء فى كتابة الشروط (١٢١٦)، وابن ماجه (٣/ ٥٨١) كتاب التجارات باب شراء الرقيق (٢٢٥١)، وابن الجارود (١٠٢٨)، والطبرانى (١٥/ ١٥) والبيهقى (٥/ ٣٢٧) - (٣٢٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٥٧٨) كتاب التجارات باب من باع عيبا فليبينه (٢٢٤٧).
وقال البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٢/ ١٩٢): وهذا إسناد ضعيف لتدليس بقية بن الوليد وضعف شيخه.

(٣) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٩).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٥٦٤ - ٥٦٥) كتاب التجارات باب النهى عن الغش (٢٢٢٥) والطبرانى فى الكبير ٢٢/ (٥٢٤) والمزى فى تهذيب الكمال (٣٣/ ٢٦٠).
وقال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ١٨٢): هذا إسناد ضعيف.
قال المزى فى الأطراف أبو داود هذا هو نفيع بن الحارث الأعمى أحد الضعفاء المتروكين وقال ابن عبدالبر: اتفقوا على ضعفه وترك الرواية عنه ونسبه ابن معين إلى الوضع.

عن النبى ﷺ قال: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِى بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا»(١).

وعن تميم الدارى - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ»(٢).

وعن جرير - رضى الله عنه - قال: «بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى إِقَامَةِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ»(٣) رواهما مسلم.

أما اللغة: فالعيب، قال الجوهرى: العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع إذا صار ذا عيب وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب - أيضا- على الأصل فيقول: ما فيه معابة ومعاب أى عيب، والمعاب العيوب، وعيبه نسبه إلى العيب، وعيبه جعله ذا عيب وتعيبه مثله.

وقال ابن فارس: العيب فى الشىء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا، وسأذكر ذلك إن شاء الله تعالى عند قول المصنف: والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا.

والنقب - بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها - يقال: نقب خف البعير إذا رق وحفى ونقب الخف إذا تخرق، ويقال نقب البيطار - بفتح القاف - سرة الدابة ليخرج منها ماء، وتلك الحديدة منقب، وذلك المكان منقب، وقوله بخفها قال أهل اللغة: الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار، وما ليس بمنشق القائم من الدواب والظلف للبقر والغنم والظباء، وكل حافر منشق منقسم.

والتدليس المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة، وقال الأزهرى: التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن، ولا يخبر البائع المشترى بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع، وما فى فلان دلس ولا وكس، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخارى (٢/ ١٨٨) كتاب مواقيت الصلاة باب البيعة على إقام الصلاة (٥٢٤)، ومسلم (١/ ٧٥) كتاب الايمان باب بيان أن الدين النصيحة (٩٧/ ٥٦)، والحميدى (٧٩٥)، وأحمد (٤/ ٣٦٠ و ٣٦٥)، والترمذى (١٩٢٥)، وابن خزيمة (٢٢٥٩).

خيانة، هذا من كلام الأزهرى رحمه الله.

**أما الأحكام**: فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل:

**الأولى**: أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء قال الشافعى - رحمه الله - فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر: « وحرام التدليس، وكذلك جميع الأصحاب ».

وأما ما قاله الجرجانى فى الشافى والمحاملى فى المقنع: أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها، استحب له إظهاره، فعبارة رديئة موهمة وأن[1] ذلك غير واجب، وذلك لا يقوله أحد له علم، وتقييد المصنف - رحمه الله - بالعلم قد تقدم شيء من الكلام فيه، وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف [لكن لابد فى حصول الإثم للبائع من أن يكون له شعور بذلك وبكتمه وعبارة المصنف][2] - رضى الله عنه - فى التنبيه.

ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وذلك يشمل المالك والوكيل والولى.

وعبارته هنا مختصة بالمالك، لكن الوكيل والولى يندرج فى قوله هنا: وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين، وقول المصنف - رحمه الله - فى الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم.

وعبارة الشافعى فى قوله: وحرام التدليس، وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ولم يتعرض للبيع، وكذلك ألفاظ الأحاديث فى ذلك، وقد أشرت إلى هذا المعنى فيما تقدم ولكن لا منافاة بين الكلامين، وكلا الأمرين حرام وحرمتهما مختلفة، فالتدليس حرام بالقصد فى نفسه، والبيع ليس حراما لذاته ولكن حرام لغيره، وضبط هذا نافع فيما سيأتى فى صحة البيع.

وفى عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع

---

(١) فى أ: لأن.

(٢) سقط فى ط.

العالم بالعيب أن يقول: هو معيب، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب، أو يقول: إن به جميع العيوب أو إنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك، بل لا بد من بيان العيب المعلوم بعينه والعبارات الأولى كلها فيها إجمال لا بيان وقد يظن المشترى سلامته عن ذلك، فإن البائع إنما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه، فإنه يدخل فيه على بصيرة.

وإطلاق المصنف - رحمه الله - والأصحاب والشافعى حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشترى مسلما أو كافرا ولفظ الأحاديث التى ذكرت واستدل بها المصنف - رحمه الله - إنما تدل على المسلم للمسلم، وهذا كما [تقدم][(١)] ورد فى الخطبة على خطبة أخيه، والسوم على سومه وجمهور [أصحابنا وجمهور][(٢)] العلماء - رحمهم الله - على أنه لا فرق فى ذلك بين المسلم والكافر.

وحكى الرافعى فى كتاب النكاح عن أبى عبيد بن حربويه من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما إذا كان مسلما، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال: وبمثله أجاب فى السوم على السوم.

**قلت**: فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما إذا كان المشترى مسلما، ويوافقه ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم، لا داء ولا خبثة، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخبثة بيع أهل العهد، ويحتمل ألا يطرد ابن حربويه مذهبه هنا، وهو الأقرب ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه إلا إيغار الصدور، وذلك حاصل فى حق الكافر.

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشترى ثمنا على ظن السلامة، وله استرجاعه عند الاطلاع، فكيف يحكم بإباحة ذلك على[(٣)] ما لا يظن بأحد من العلماء القول به؟ على أن قول ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء، قالوا: تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا، وممن وافق ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة الأوزاعى، والظاهر أنه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: هذا.

ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم [والبيع](١) على البيع قوله ﷺ: «لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ».

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب فلا يكون له مفهوم، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الإسلام والأخوة، ويثبت عمومه بدليل آخر والله أعلم.

**المسألة الثانية**: أنه إن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف، ولقوله ﷺ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ» والأحاديث فى ذلك كثيرة صحيحة صريحة.

وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف - رحمه الله - ابن أبى عصرون، والنووى فى الروضة من زياداته وذلك مما لا أظن فيه خلافا لوجوب النصيحة.

وقد دخل فى قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذى دل كلامه فى التنبيه عليه، وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما، إلا أنه اطلع على العيب وإن كان أجنبيا، كما فى قصة واثلة بن الأسقع وله ثلاثة أحوال:

**أحدها**: أن يعلم أن البائع أعلم المشترى بذلك، فلا يجب عليه الإعلام فى هذه الحالة لحصول المقصود بإعلام البائع.

**الحالة الثانية**: أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث، ولقصة واثلة، فإنه استفسر من المشترى هل أعلمه البائع، فدل على أنه لم يكن جازما بعدم إعلامه، وذلك لأنه من جملة النصح، لكن هذا إنما يكون إذا كان التوهم بمحتمله، فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشترى به وهى الحالة الثالثة، فيحتمل أن يقال: لا يجب عليه الإعلام فى هذه الحالة لظاهر حال البائع.

وخشية من التعرض لإيغار صدره والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ويحتمل أن يقال: إنه يجب الاستفسار كما فعل واثلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الإعلام [ولا محذور](٢) فى الاستفسار مع عموم الحديث فى وجوب التبيين، هذا كله إذا كان البائع عالما بالعيب، فإن كان الأجنبى عالما به وحده وجب عليه البيان بكل حال.

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: ولا يجدون.

وأما وقت الإعلام ففى حق البائع قبل البيع، فلو باع من غير إعلام عصى كما تقدم، وفى حق الأجنبى قبل البيع - أيضا - عند الحاجة، فإن لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الإعلام بعده ليرد بالعيب كما فعل واثلة، ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشترى إليه والله أعلم.

فرع: قال الإمام: الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه [أو لم يوضح ما ينبغى][1] فى تدليس فيه فقد فعل محرما، فإن لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فإن الغبن لا يثبت بمجرده خيار، والله أعلم

**المسألة الثالثة**: إن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية.

قال الشافعى - رحمه الله - فى المختصر: « وحرام التدليس ولا ينقض به البيع » وجملة القول فى ذلك أن البائع إذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبا، فإما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب، وإما أن يطلق، فإن أطلق واقتصر على كتمان العيب وهى مسألة الكتاب، فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء: أن البيع صحيح، ونقل المحاملى والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح، ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضا.

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف - رضى الله عنه - فإن النبى ﷺ جعل مشترى المصراة بالخيار إن شاء أمسك وإن شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث، فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع، وبأن النهى لمعنى فى العاقد والنهى إذا كان لمعنى فى العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه، وإنما يبطل النهى إذا توجه إلى المعقود عليه كالنهى عن الملامسة والمنابذة، ألا ترى أن النهى عن بيع وقت النداء لما لم يرجع إلى ذات العقد لم يقتض الفساد، بل ما نحن فيه أولى بالصحة؛ لأن البيع وقت النداء [النهى][2] متوجه إليه، وإن كان معللا بأمر خارج.

وأما هنا فى المصراة فلم يرد النهى على البيع، وإنما ورد هنا على كتمان العيب

---

(١) فى أ: أو سعى.
(٢) سقط فى ط.

كما أشرت إليه فيما تقدم وفى المصراة على التصرية، فليس البيع منهيا عنه أصلا، بل هو - من حيث هو - مباح، والحرام هو الكتمان، والبيع وقت الجمعة منهى عنه لاشتماله على التفويت، فلتفهم الفرق بين الموضعين.

وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله ﷺ: «كُلُّ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»، فنقول: التدليس هو المنهى عنه، وهو مردود.

فإن قلت: قد تقدم أن البائع إذا لم يبين العيب حرام، وأن المصنف - رحمه الله - صرح به فى التنبيه، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء، فلم يكن أولى منه بالصحة.

**قلت:** لا شك أن المراتب ثلاث:

المرتبة الأولى: وهى أعلاها ما كان منهيا عنه لمعنى فيه، كبيع الملامسة.

المرتبة الثانية: ما كان منهيا عنه لا لمعنى فيه من حيث هو، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء فهو مستلزم للتفويت الممنوع، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع.

المرتبة الثالثة: وهى أدناها ما لم ينه عنه أصلا ولكن به يتحقق ما هو منهى عنه، فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شىء منها محرما فى بعض الأوقات، لا نقول: إنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم، ويوضح لك هذا أنه فى المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعى للجمعة يأثم إثمين: إثم للبيع المنهى عنه، وإثم لتفويت الواجب، وفى هذه المرتبة لا يأثم إلا إثما واحدا على الغش وكتمان [العيب على][1] البيع، ولا يأثم على البيع إثما آخر.

وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك[2] حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام، ثم [إنى أقول][3] ليس البيع أصلا فى حالة من الأحوال مستلزما للكتمان؛ لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب، ولا[4] يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذى بينته، إذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيا عنه بطريق القصد، ولا

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فذلك.
(٣) فى ط: أى.
(٤) فى أ: فلا.

بطريق الاستلزام، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا: لأن البيع غير النجش، وذلك يوافق ما قلناه هنا ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ونص الحديث على ذلك، فهو حجة لنا هنا أيضا.

والظاهرية فى المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه، وقد تبين الجواب عنه بحول الله وقوته.

وذكر البيهقى فى باب صحة البيع الذى وقع فيه التدليس حديثا رواه البخارى: «أَنَّ ابْنَ عُمَرَ اشْتَرَى إِبِلًا هِيمًا مِنْ شَرِيكٍ لِرَجُلٍ يُقَالُ لَهُ نُوَاسٌ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ، فَأَخْبَرَ نُوَاسٌ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْ شَيْخٍ كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ: وَيْلَكَ، فَجَاءَ نُوَاسٌ إِلَى ابْنِ عُمَرَ فَقَالَ: إِنَّ شَرِيكِي بَاعَكَ إِبِلًا هِيمًا وَلَمْ يُعَرِّفْكَ، قَالَ: فَاسْتَقِهَا إِذَنْ، فَلَمَّا ذَهَبَ لِيَسْتَاقَهَا قَالَ ابْنُ عُمَرَ: دَعْهَا، رَضِينَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَا عَدْوَى»[1]، والله أعلم.

فرع: نقل الماوردى قبل باب: لا يبيع حاضر لباد، عن أبى على بن أبى هريرة أنه كان يقول: فى ثمن التدليس حرام، لا ثمن المبيع، ألا ترى أن المبيع إذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق، وهذا شىء عجيب، كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا؟ وسيأتى فى باب المرابحة كلام فى ذلك فى مسألة الإخبار بالزيادة، ولعل مراد ابن أبى هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذى يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم، لا جملة الثمن وهو ظاهر كلامه، ومع ذلك فيه نظر؛ لأنه لو رضى المشترى بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به - والمبيع قائم - استرجعه كله، فإن كان عدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شىء منه حراما.

فرع: هذا كله فى مسألة الكتاب إذا باع من غير شرط، ولكنه كان عالما بالعيب، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة، أو شرط وصفا وأخلف، فالمشهور الصحة، وثبوت الخيار كحالة الإطلاق.

وحكى الرافعى عن الحناطى أنه حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية، وهم قائلون بذلك فى الشرط أيضا، ولا

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ٤٦) كتاب البيوع باب شراء الإبل الهيم أو الأجرب (٢٠٩٩)، والبيهقى (٥/ ٣٢٠) كتاب البيوع باب صحة البيع الذى وقع فيه التدليس.

يلزم طرد هذا القول الغريب هناك؛ لأن تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظا أقوى، وعند الإطلاق: العقد متعلق بالمتعين، وإن كان العرف يقتضى السلامة، فهذا فرق على القول الذى حكاه الحناطى حتى لا يلزم طرده، وإن كان هو ضعيفا؛ لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضا، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فصل فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد؛ لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم [له][1] ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا فى المصراة».**

**الشرح**: المشترى للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها، وتارة لا يكون.

**الحالة الأولى**: إن كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب، ولا يأتى فيه الخلاف المتقدم فى المصراة إذا كان عالما بالتصرية؛ لأن المستند فى ثبوت الخيار هناك عند من يقول به: التعبد، وإن ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف - رحمه الله - فإنه شرط فى الخيار[2] عدم العلم، ومفهومه أن عند العلم لا خيار قال ابن حزم فى كتاب مراتب الإجماع: واتفقوا على أنه إذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره، ووقفه عليه إن كان فى جسم المبيع، فرضى بذلك المشترى أنه قد لزمه وإلا رد له بذلك العيب.

**فرع**: فلو كان المشترى قد علم به، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن، ويوجب الفسخ.

قال الماوردى: ولا رد له؛ لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه، ولأن استحقاق الرد حكم، والجهل بالأحكام لا يسقطها.

قال: فلو كان شاهد العيب قديما وقال: ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول؛ لأن الأصل بقاء العيب، ولو اختلفا فى العلم بالعيب فالقول قول المشترى؛ لأن الأصل عدمه، قاله صاحب العدة.

**الحالة الثانية**: إذا لم يعلم بالعيب وهى منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف - رحمه الله - وقياس ذلك على المصراة إن كانت التصرية عيبا

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: الخلاف.

ظاهرا بالقياس والجامع الذى ذكره المصنف، وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب، وإن لم تكن التصرية عيبا فمن باب الأولى؛ لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى، هكذا ذكره القاضى أبو الطيب، وفيه نظر؛ لأن الذى يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف، وحينئذ قد يقال: لا يلزم من جعل التصرية التى هى من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذى ليس من فعله، ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه، ومع ذلك الخيار ثابت به، ولأجل ذلك الطريقة التى سلكها المصنف - رحمه الله - واقتصر عليها أولى فى الاستدلال وأسلم عن الاعتراض.

نعم هو إنما يأتى على قول الجمهور: إن التصرية عيب أما على القول الذى رجحه الغزالى فى الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا؛ لأن سبب الخيار فى المصراة المقيس عليها إخلاف الشرط الملتزم، ولم يوجد فى مسألتنا.

فالمصنف - رحمه الله - قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالى لا يأتى، إلا أن يجعل ذلك مقيسا على الالتزام الشرطى، وكذلك فعل هو فى الوسيط تنزيلا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطى أصلا يكتفى به كما اقتضاه كلامه فى الوسيط، ولك أن ترده إلى التصرية لورود النص فيها، وقد اقتصر المصنف - رحمه الله - على الاستدلال بالقياس، وفى المسألة حديث وإجماع، أما الحديث فالذى ذكره بعد هذا بفصل فى الخراج بالضمان، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبى ﷺ «وأنه رده عليه بالعيب» وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين فى الرد بالعيب على الجملة.

واتفقوا على أن من اشترى شيئا ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشترى سلامة ولا اشترط الإخلاء به، ولا بيع منه ببراءة، فوجد به عيبا كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطا لا يتغابن الناس بمثله فى مثل ذلك البيع، فى ذلك الوقت، يعنى وقت عقد البيع، ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها، ولا تغير اسمه ولا تغير سنوقه، ولا خرج عن ملك المشترى كله ولا بعضه، ولا أحدث المشترى فيه شيئا ولا وطئا ولا غيره، ولا ارتفع ذلك العيب،

وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فإن للمشترى أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن، وإن له أن يمسكه إن أحب، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل إلى ضبطه بإجماع جاز انتهى.

وادعى القاضى أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف - رحمه الله - إنما اقتصر على القياس.

ولم يذكر الحديث والإجماع؛ لأن الحديث فيه رد بعيب، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا إجماع مقيد بالقيود المذكورة، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل، وبالجملة الرد بالعيب فى الجملة لا شبهة فيه، قال الشيخ أبو حامد: ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض.

فرع: ولى الطفل إذا اشترى له شيئا فظهر به عيب، فإن كان الشراء بعين المال فهو باطل، وإن كان فى الذمة نفذ فى حق الولى، فإن اشترى سليما فحدث به عيب قبل القبض فإن كان الحظ فى الإمساك أمسك أو فى الرد رد، فإن ترك الرد فإن كان اشترى فى الذمة انقلب إليه، ولزمه الثمن من مال نفسه وإن كان بغير مال الطفل بطل العقد، قاله صاحب التتمة، والله - تعالى - أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن ابتاع شيئا ولا عيب به ثم حدث به عيب فى ملكه نظرت - فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد؛ لأن المبيع مضمون على البائع، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد، وإن حدث العيب بعد القبض نظرت - فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لأنه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث، وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض، فقطعت يده بعد القبض، ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه يرد، وهو قول أبى إسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض.**

**والثانى: أنه لا يرد، وهو قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأن القطع وجد فى يد المشترى، فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله.**

الشرح: الكلام الذى تقدم فى إثبات الخيار فى العيب الموجود عند البيع، والكلام الآن فى العيب الحادث بعده، وقد قسمه المصنف - رحمه الله - إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الحادث قبل القبض، فحكمه حكم المقارن للعقد؛ لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته، فكذا أجزاؤه، وضمان الجزء الذى لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ، فأثبت الخيار، والمصنف - رضى الله عنه - استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما فى كون المبيع فيهما مضمونا على البائع، بمعنى أنه إذا تلف؛ تلف من كسبه، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم، وأن العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه فى المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع، وأنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، ونص عليه الشافعى - رحمه الله - فى مواضع، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه فى باب الربا، وذكره المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع، وسنشرحه هناك إن شاء الله تعالى.

أما على مذهب من قال: إن المبيع فى يد البائع أمانة، كما هو مذهب مالك ولا خيار له، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا إذا كان حدوث العيب بآفة سماوية.

أما إذا حصل ذلك من جهة المشترى أو البائع أو الأجنبى، فقد ذكر المصنف - رحمه الله - الأقسام كلها فى باب اختلاف المتبايعين عند تقسيم تلف المبيع إلى الأقسام المذكورة.

وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعون الله وتيسيره إن شاء الله تعالى وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بآفة سماوية أو من البائع أو من الأجنبى فللمشترى الخيار جزما ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك، ومن جملته ما إذا كان القاطع ابن المشترى ثم مات المشترى وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك، وهناك أذكره إن شاء الله.

ومتى حصل العيب من جهة المشترى فلا خيار له على الصحيح، تفريعا على أن إتلافه قبض وهو الصحيح المشهور، وأما من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشترى كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك فى المبيع جزافا، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له.

ومذهب أبى حنيفة - رحمه الله - فى تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا.

واعلم: أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذى لا يكاد لا يعرف، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان أحدهما: أن الشافعي - رحمه الله - قال فى الأم فى الرهن الكبير فى جناية العبد المرهون على الأجنبيين.

ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشترى حتى جنى كان للمشترى رده؛ لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب، ولو جنى ثم بيع فعلم المشترى قبل التفرق أو بعده بجنايته كان له رده؛ لأن هذا عيب دلسه، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع، فاختار إمضاء البيع ثم جنى، كان من المشترى ولم يرد البيع؛ لأن هذا حادث فى ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له.

قال ابن الرفعة: وهذا إن لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى بإطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله، والعلة ترشد إليه؛ لأنه فى الحالين ملكه عليه تام وإن لم يستقر إلا بالقبض.

قال: وهذا إن صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ فى يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشترى خيار، وإن أثبت على نفسه، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك.

الأمر الثانى: أن فى مختصر البويطى: قال أبو يعقوب: وإن اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس، فهو مخير فى العبد إن شاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنايته، وإن شاء ترك، فإن كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه، وليس له النقص إذا كان من السماء كما لو مات.

وقد قيل: يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن، وإن كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل: إذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ. انتهى.

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن.

وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته إلى الشافعى رحمه الله.

ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله، وإنما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته إلى أبى يعقوب، فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى - رحمه الله تعالى.

**فرع**: إذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشترى كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالما به فقطع قبل القبض، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها، كما أنه إذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا؛ لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقلا.

والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه، ولكن القاضى حسين - رحمه الله - أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار، ومثل هذا الإطلاق لا يوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها.

**القسم الثانى**: إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فإنه لا يثبت به الرد، وهذا إذا كان بعد القبض والتفرق.

أما لو قبضه فى المجلس [وحدث به عيب][1] قبل التفرق والتخاير، فالوجه فى ذلك بناؤه على تلف المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار، وفيه طرق:

**إحداها**: وهى التى أوردها الغزالى وارتضاها الإمام، واقتضى إيراد الرافعى ترجيحها. أما إن قلنا: الملك للبائع انفسخ، وإلا فوجهان.

**أصحهما**: عدم الانفساخ.

وإذا تم العقد لزم الثمن؛ لأن القبض وجد إلا أنه بقيت علقة فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف فى يده، قال هذا التعليل صاحب التتمة.

**والثانى**: ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض.

**والطريقة الثانية**: القطع بعدم الانفساخ وأنه إذا حصلت الإجازة يلزم المشترى الثمن وإن قلنا الملك للبائع، وهذه منسوبة للشيخ أبى حامد.

الطريقة الثالثة: [مثلها][2] إلا أنا إذا قلنا: الملك للبائع وحصل إمضاء البائع ضمنه

(١) فى أ: وحدث عيب فيه.
(٢) سقط فى ط.

المشترى بالقيمة.

وهذه حكاها الإمام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال، وهو[1] مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة فى أول كتاب البيوع، ولذلك نسبها العمرانى إليه.

**الطريقة الرابعة**: طريقة الماوردى إن كان التلف فى خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها، وإن كان فى خيار الشرط، فإن كان لهما أو للبائع وحده فكذلك، وإن كان للمشترى وحده فإن قلنا: يملك بانقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وإن قلنا) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه فى البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن.

**والثانى**: وقد أشار إليه فى الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى.

**الطريقة الخامسة**: ما دل عليها كلام [القاضى][2] أبى الطيب أنه إن كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولا واحدا، وإن كان للمشترى وحده، فإن قلنا: الملك له فوجهان وإلا لم ينفسخ وقال القاضى أبو الطيب: إن الذى نص عليه الشافعى - رحمه الله - فى كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشترى قيمته.

قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق: يلزمه الثمن.

واختلف أصحابنا فمنهم من قال: يلزمه القيمة، والذى قال من الثمن ليس بثابت، قال أبو الطيب: ويحتمل أن يكون أراد بالثمن؛ لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة.

ومنهم من قال ما تقدم، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع، ومن باب دعوى الولد فيه.

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا: أنه إذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل، وقبضه فمات فى يد المشترى فهو ضامن لقيمته، وإن منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه.

قال الشافعى: وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشترى؛ لأن البيع لم يتم فيه حتى مات.

---

(١) فى أ: وهى.

(٢) سقط فى ط.

وقد حكى عن نصه فى الصداق أن المبيع إذا تلف فى يده [فى](١) زمن الخيار يلزمه الثمن، وبذلك قال المتولى، وحصل قولان فى المسألة، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ [بالانفساخ](٢) فى الأحوال الثلاثة إذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما، فهذه خمس طرق، والطريقة الأولى أفقه، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر، والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة، والذى رأيته فى الأم فيه إيجاب القيمة، والنص المعارض له فيه إيجاب الثمن، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين: إما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى، كما ادعاه ابن الرفعة، وإما الطريقة التى نقلها الإمام عن العراقيين وقلت: إن مقتضى كلام المصنف فى أول البيع، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين، وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص.

لكن إذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من إطلاق الشافعى - رحمه الله - الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى كتبه يترجح القول بالانفساخ لا سيما مع ما أشعر به كلام القاضى أبى حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت.

[إذا عرف ذلك فالعيب الحادث](٣) بعد القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف.

فحيث نقول بالانفساخ إما على أن الملك للبائع، أو مطلقا على أحد وجهى الطريقة الأولى، وظاهر أكثر النصوص، أو على طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها(٤) من التفصيل والبناء، فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض، وبذلك صرح الماوردى عند الكلام فى وضع الجوائح، قال عن ابن أبى هريرة: إن المقبوض فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: إذا عرف بالعيب الحادث.
(٤) فى أ: فيهما.

الخيار، وإن كان القبض تاما؛ وجب القول[١] بعدم الانفساخ، إما على الأصح عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد أو على طريقة المصنف - رحمه الله - أو فى بعض الأحوال على طريقتى الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور، أو على مقتضى النص المحكى فى ذلك، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت أثر فى إثبات الخيار.

ولا جرم - والله أعلم - أطلق المصنف - رحمه الله - أن حدوث العيب بعد القبض إذا لم يستند إلى سبب قبل القبض لا يثبت الرد؛ لأن اختياره أن القبض ناقل للضمان، وإن كان فى زمن الخيار كما تقدم، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى، وقد تقدمت الإشارة إلى ما فى ذلك من النصوص.

فرع: لا فرق بين يد المشترى ويد نائبه، ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع، وأودعه إياه بعد القبض، ونص عليه الشافعى - رحمه الله - والأصحاب.

ولو أودع البائع المبيع عند المشترى وقلنا: لا يسقط حق الحبس بإيداع[٢] فتلف، كما لو تلف فى يد البائع على مقتضى ذلك، وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخر كتاب الشفعة، وعبارة المصنف - رحمه الله - سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره القبض، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى.

فرع: هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذى لا يستند إلى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء.

وقال مالك بذلك إلا فى الرقيق فإنه قال: ما أصاب الرقيق فى ثلاثة أيام بعد البيع من إباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع، فإذا انقضت الثلاثة الأيام برئ البائع إلا من الجنون والجذام والبرص، فإن هذه الأدواء الثلاثة إن أصاب شىء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع، كان له الرد بذلك، قال: ولا يقضى بذلك إلا فى البلاد التى جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها.

وأما البلاد التى لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها، فلا نحكم عليهم بذلك، قال: ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة، وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما

---

(١) فى أ: وحيث فقول.
(٢) فى أ: بالإيداع.

إذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم، ولا عهدة فيه إلا أن يكون علم عيبا فكتمه.

وقال قتادة: إن رأى عيبا فى ثلاث ليال رده بغير بينة، وإن رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده إلا ببينة.

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصرى عن عقبة بن عامر الجهنى أن رسول الله ﷺ قال: «عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثُ لَيَالٍ»(١) وفى رواية أخرى أربع ليال(٢)، رواه أحمد فى مسنده، وفى رواية أربعة أيام(٣)، قال قتادة: وأهل المدينة يقولون ثلاثا.

قال سعيد: قلت لعبادة: كيف يكون هذا؟ قال: إذا وجد المشترى عيبا بالسلعة فإنه يردها فى تلك الأيام ولا يسأل البينة، وإذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها إلا ببينة أنه اشتراها، وذلك العيب بها، وإلا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد.

وعن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثُ»(٤) رواه ابن أبى شيبة، وقال هؤلاء: إنما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فإنها لا تظهر فى أقل من ثلاثة أيام، هو عن عبد الله بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل بن هشام يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة، من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك.

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى فى عبد اشترى فمات فى الثلاثة الأيام، فجعله عمر من الذى باعه، وعن ابن شهاب قال: القضاة منذ أدركنا يقضون فى الجنون والجذام والبرص سنة.

قال ابن شهاب: وسمعت ابن المسيب يقول: العهدة من كل داء عضال نحو

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٠ و ١٥٢)، والدارمى (٢/ ٢٥١) وأبو داود (٢/ ٣٠٦) كتاب البيوع باب فى عهدة الرقيق (٣٥٠٦) و (٣٥٠٧) بلفظ «عهدة الرقيق ثلاثة أيام».
وأخرجه أحمد (٤/ ١٤٣) وابن ماجه (٣/ ٥٧٧) كتاب التجارات باب عهدة الرقيق (٢٢٤٥) والحاكم (٢/ ٢٠) والبيهقى (٥/ ٣٢٣) بلفظ «لا عهدة بعد أربع».
وأخرجه البيهقى فى سننه (٥/ ٣٢٣) باللفظ المذكور.

(٢) أخرجه احمد (٤/ ١٥٠) والحاكم (٢/ ٢١) والبيهقى (٥/ ٣٢٣).

(٣) أخرجه الطيالسى (٩٠٨) ومن طريقه البيهقى (٥/ ٣٢٣) عن الحسن عن سمرة أو عقبة عن النبى ﷺ.

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة (١٤/ ٢٢٧) وابن ماجه (٢٢٤٤) والطحاوى فى شرح مشكل الآثار (٦٠٩٢) بلفظ «عهدة الرقيق ثلاثة أيام».

الجذام والجنون والبرص، وعن يحيى بن سعيد الأنصارى - رضى الله عنه - قال: لم تزل الولاة بالمدينة فى الزمان الأول يقضون فى الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص، إن ظهر بالمملوك شىء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه، ويقضون فى عهدة الرقيق بثلاث ليال.

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ، فروايته فى هذا منقطعة لا يحتج بها.

قال على بن المدينى: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم، وقال البيهقى فى روايته عن سمرة فى ذلك: إنه غير محفوظ.

**قلت**: وقد حفظت من طريق ابن أبى شيبة، فليس فيها إلا النظر فى سماع الحسن من سمرة، وأيضا ففيه عنعنة قتادة عن الحسن وهو مدلس، وفى حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب.

ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة، وهما وإن كانا صحابيين فهو اضطراب، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد بن حنبل عن العهدة فقال: ليس فى العهدة حديث نتثبته[١].

وقال الحاكم فى حديث عقبة: إنه صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال؛ لأن الحسن لم يسمع من عقبة، والرواية عن عمر بن عبد العزيز فى قضائه بذلك ضعيفة، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصارى وبقية ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء: أنه لم يكن فيما مضى عهدة فى الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شىء.

وبما روى من طريق الشافعى - رضى الله عنه - عن ابن جريج قال: سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال: ما علمت فيها أمرا سالفا، وعن ابن طاوس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر.

وما أشاروا إليه من أن ظهور ذلك فى هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع، فقد يحدث الإباق وشبهه، ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذى سنذكره، وهو ما

---

(١) فى أ: يثبت.

يوجد بعد القبض، ويكون سببه متقدما، لكن ذلك غير مسلم لهم.

على أن ابن الصباغ قال فى الجواب عن ذلك إن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقص ما[١] يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعد؛ لأن الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر.

وذكروا - أيضا - أن عمر بن الخطاب وابن الزبير - رضى الله عنهما - سئلا عن العهدة فقالا: لا نجد أمثل من حديث حبان بن منقذ: «إذ كَانَ يُخْدَعُ فِى الْبُيُوعِ فَجَعَلَ لَهُ النَّبى ﷺ الْخِيَارَ ثَلَاثًا إنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ»[٢].

وَعَنْ عَلِى بْنِ أَبِى طَالِبٍ - رضى الله عنه - « أَجَلُ الْجَارِيَةِ بِهَا الْجُذَامُ [والداء][٣] سَنَةٌ »[٤].

فَأَمَّا مَا ذَكَرُوهُ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ الزُّبَيْرِ فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ؛ لِأَنَّ فِى حَدِيثِ حِبَّانَ « إنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ».

ولم يقيد ذلك بعيب ولا فى الرقيق دون غيره.

قال الشافعى - رضى الله عنه -: والخبر فى أن رسول الله ﷺ: «جَعَلَ لِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ عُهْدَةً بِثَلَاثٍ»[٥] خاص.

وما ذكروه عن على لا ينافيه، وقد صح عن ابن عمر: ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المبتاع.

ولا نعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت المالكية - أيضا - الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم فى ذلك عند ذكر المصنف - رحمه الله - له فى آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى.

**القسم الثالث**: العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما مثل به المصنف - رحمه الله - فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله،

---

(١) فى ط: بما.
(٢) ينظر المحلى (٨/ ٣٨٣).
(٣) سقط فى ط.
(٤) ينظر المحلى (٨/ ٣٨٣).
(٥) انظر السنن الكبرى للبيهقى (٥/ ٣٢٤)

فإن بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف، فإذا قطع فى يد المشترى بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض فإن كان المشترى جاهلا بالحال، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب ففيه وجهان كما ذكره المصنف.

**أحدهما** - وهو قول أبى إسحاق، وهو الأصح، وهو قول ابن الحداد، ونسبه الماوردى إلى ابن سريج، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى، وقال القاضى أبو الطيب: إنه على قول الشافعى - رضى الله عنه - وإطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه -: أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن، كما لو قطع قبل القبض فإنه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة إلى ذلك، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرش إلى التفاوت بين العبد سليما وأقطع، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما.

**والثانى** - وهو قول ابن أبى هريرة، وابن سريج فيما حكاه الأكثرون، والقاضى أبو الطيب، ونقله ابن بشرى عمن نقله عن نصه فى الإملاء، ومال الماوردى إليه، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله -: أنه من ضمان المشترى وليس له الرد، ولكن يرجع على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن، وحمل النص الأول على ما قبل القبض، هذا إذا كان جاهلا، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرش قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة إن كان موجودا عند العقد، أو لاطلاعه عليه وإمساكه إن كان حدث قبل القبض.

قال الشيخ أبو على: ولا يجىء ههنا الوجه المحكى عن أبى إسحاق فى القتل، [يعنى بسبب سابق][(١)]، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبى إسحاق كما سنذكره إن شاء الله والأمر كما قال الشيخ أبو على كما سنبينه - إن شاء الله تعالى - فينبغى أن يقيد كلام المصنف بذلك، وأن مراده إذا كان المشترى جاهلا، وممن صرح به القاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى، وفى كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافا؛ لأنه قال: إن علم بذلك فقطع فى يده لم يرجع بشىء على المذهب، وكأنه رأى أن وجه أبى إسحاق يأتى ههنا وهو بعيد.

---

(١) فى ط: يعنى سابقًا.

وسنبين ذلك - إن شاء الله تعالى - فى أواخر الباب.

فرع: عن أبى حنيفة - رحمه الله - أنه إذا قطع فى يد المشترى يرجع بنصف الثمن ووافق فى المسائل الثلاث التى ستأتى - إن شاء الله تعالى - أنه يرجع بالجميع؛ لأنه من ضمان البائع، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض، فإن كانت ثيبا فله الرد وإن كانت بكرا فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشترى ففيه الوجهان فإن جعلناه من ضمان البائع؛ فللمشترى الرد بكونها مزوجة، فإن تعذر الرد بسبب رجع بالأرش، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة، ومزوجة مفترعة من الثمن، وإن جعلناه من ضمان المشترى فلا رد له، وله الأرش، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن، هكذا فى التهذيب والرافعى، والروضة التى بخط المصنف، وفى بعض نسخها سقط من قوله: غير مزوجة إلى غير مزوجة فصار هكذا: غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن، وذلك غلط فى الحكم، وترك للتفريع من[1] جعله من ضمان المشترى والفرق بينهما، فإن على ضمان البائع الإفراع مضمون عليه، فلذلك يقدر من[2] ضمان المشترى ليس المضمون على البائع إلا سلامتها على التزويج، وقد تقدم مثل ذلك فى تعذر الرد فى مسألة القطع، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع؛ لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع، وقد وافق ابن الرفعة ما فى الروضة السقيمة من الغلط فى الحكم، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة.

وإن كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له.

فإن وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت فى يده فله الرد إن جعلناه من ضمان البائع، قاله القاضى حسين والبغوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال: لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه، وإن جعلناه من ضمان المشترى رجع بالأرش، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة، ومثلها معيبة، هكذا قال البغوى والرافعى، ولك أن تقول

---

(١) فى أ: على.
(٢) فى أ: على.

ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة، ومثلها معيبة، فإن القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب، وعلى كل قول تقدر هنا بكرا؛ لأنها بكر عند العقد وعند القبض.

وإنما حدثت الثيوبة بعد ذلك.

فإن قال: إن ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح، لكن ذلك يقتضى ألا يعتد فى كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة، وهكذا عبارة القاضى حسين، فقول الرافعى: ثيبا حشو لا فائدة فيه إن كان كذلك[1] لا يختلف أو زيادة مفسدة إن اختلف، والله أعلم.

وإن تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا: إنه من ضمان البائع فالنظر فى الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف، ولا يمكن أن يقال: ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضى به، وصرح القاضى حسين بالمسألة، فقال: إن قلنا: من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه.

وإن قلنا: من ضمان المشترى فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفى قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر، وذكر البغوى - رحمه الله - فى التهذيب نظير المسألة وهو ما إذا اشترى سارقا عالما بسرقته فقطع فى يده ووجد به عيبا قديما، قال: له الرد إن جعلناه من ضمان البائع، وإلا فيرجع بالأرش وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغير معيب، فقوله: غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع فى عبارته وعبارة الرافعى هنا.

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضى والبغوى والرافعى - رحمهم الله - يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية.

بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض فى عدم المبيع من الرد، وهذا إنما يتجه على قول أبى إسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع إلى الثمن إن صح جريان

(١) فى أ: ذلك.

هذا الوجه فى مسألة القطع وشبهها، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم.

أما على المذهب الصحيح أنه إذا قتل بعد القبض وكان عالما بردته لا يرجع بشىء، وكذلك فى القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم، فينبغى أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر.

فإن قلت جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به، فإنه لا يمنع الرد وإن كان لا يرد به.

**قلت**: لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض فى ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل، أما عند العلم فلا، فإذا رضى بالعيب أبطل أثره.

وكل ما وجد بعد ذلك وإن كان من أثره فليس منسوبا إلى البائع بل هو حادث فى يد المشترى ناشئ مما رضى به، وليس إحالته على المشترى لرضاه بسببه، فينبغى أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرش.

فإن قلت لعل كلام القاضى والرافعى والبغوى محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى إسحاق. قلت: لا لأمرين:

**أحدهما**: أنهم لم يذكروا قول أبى إسحاق فى هذه الصور مع العلم، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا.

**والثانى**: أنهم قالوا: إذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث.

والجواب عنه إن أمكن لينتفع به فيما إذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة، وعلم بها عيبا، وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى.

**فرع**: زوال البكارة فى المسألة المذكورة لا شك فى أنه عيب، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها فى العادة لصغر سنها أم لا؛ لأنها لما دخلت فى العقد صارت مستحقة، وإن كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق، وقضية ذلك أنه إذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تزيد فى ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره فى يد البائع ثبت للمشترى الخيار، وإن لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها.

قال ابن الرفعة: وهذا لا شك فيه.

**فرع**: إذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت فى يده ونقصت بسبب

الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها، فقياس ما تقدم فى الجارية المزوجة ألا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما إذا أصدق زوجته جارية حاملا، فحملت فى يده ووضعت فى يدها ثم طلقها، فالنقص الحاصل منسوب إليه أو إليها؟ فيه وجهان.

فى كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد، وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها إن شاء الله تعالى، وقد أشرت فيما تقدم إلى ذلك.

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى - رحمهم الله - مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها فى حصول عيب قبل العقد أو القبض، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق.

والمصنف - رحمه الله - أفرد لهذه المسائل فصلا فى أواخر هذا الباب وهو أولى؛ لأن كلامه هنا فى العيب الحادث بعد القبض إذا كان سببه متقدما، والحادث فى هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول إنه لا عيب موجب للرد، فلنؤخر الكلام فى شرح هذه المسائل إلى الفصل الذى عقده المصنف لها، [ومن جمعها مع المسائل التى ذكرها المصنف هنا][1] فللمشاركة المذكورة ولأن التلف فى ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرش لتعذر الرد بالتلف، ولذلك أدخله المصنف - رحمه الله - فى فصول الرد بالعيب كما سيأتى إن شاء الله تعالى، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى.

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما إذا لم يترتب على القطع تلف.

أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى فى هذه المسائل فى آخر الباب إن شاء الله تعالى.

تنبيه: جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى.

وقال الماوردى: إن فى القصاص لا يرد اتفاقا: لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع فى السرقة لا يصح العفو عنه.

---

(١) سقط فى ط.

**تنبيه آخر**: نظر الأصحاب الخلاف فى هذه المسائل بالقولين فيما إذا علق فى حال الصحة بصفة، ثم وجدت الصفة فى مرض الموت، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث؟.

**تنبيه آخر**: كثير من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا[1] مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف، فإنه أخر مسألة الجناية.

وحكى الخلاف فى كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم.

ومسألة الجناية منصوص على أصلها، وأبو الطيب يقول: إن قول أبى إسحاق فيها هو مذهب الشافعى، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه، وسيقع الكلام فى ذلك عند ذكر المصنف له إن شاء الله تعالى.

وممن وافقهم على البناء المذكور الرويانى فى البحر، وقال فيه: إن بعض أصحابنا بخراسان قال: إذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمته غير مقطوع بالسرقة من الثمن، قال: وهذا ضعيف، قلت: ومراده بالأول قول أبى إسحاق.

وعبر الرويانى عنه بأنه قول الشافعى، لكن هذا الذى نقله عن بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم.

**فرع**: إذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد إن جعلنا القطع من ضمان البائع وإلا فلا، قاله القاضى حسين.

**فرع**: إذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض، فإن مات فالحكم كما سيأتى فى أواخر الباب، وإن سلم فالحكم كما مر فى السابق، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص، قاله صاحب التتمة.

**فرع**: عبد عليل به أثر السفر، فقال سيده لرجل: اشتر منى هذا العبد فإن مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب، فاشتراه فازداد مرضه ولم يزل، قال القاضى حسين فى الفتاوى: ليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع.

---

(١) فى أ: وفرعوا.

**فرع**: إذا وجدت إزالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل القبض، وكان قد رضى بالزوجة والجناية.

فقد تقدم أنى لم أر نقلا فى جواز الرد بذلك، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد، فلو وجد مع ذلك عيب لم يرض به، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا من الرد بالعيب الآخر، لرضاه بالسبب أم لا؟ الذى يظهر أن يقال إن جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله الرافعى بناء على أنه من ضمان البائع فههنا أولى وإن جعلناه مانعا، وأنه يرجع بالأرش فههنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعد القبض لأجل وقوعه فى يد المشترى أو لأجل العلم؟ إن قلنا بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه فى يد البائع وإن قلنا بالثانى امتنع لوجود العلم.

ولم أر فى ذلك نقلا والأظهر أن المنع بعد القبض لأجل حدوثه فى يد المشترى مع العلم بسببه، وهذا الممنوع منتف قبل القبض فلا يمنع الرد وإن علم بالسبب؛ لأن هذا عيب زائد على ما علمه ولهذا أقول: إنه لا يمتنع عليه الرد هنا، وإن كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم، والله أعلم.

**فرع**: عن أبى حنيفة أنه إذا قطع فى يد المشترى رجع بنصف الثمن ووافق فى مسائل التلف التى ستأتى - إن شاء الله تعالى - أنه يرجع بالجميع؛ لأنه من ضمان المشترى.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فصل إذا وجد المشترى بالمبيع عيبا لم يخل إما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص، فإن كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الشفعة.**

**الشرح**: للمبيع المعيب خمسة أحوال: أن يكون باقيا على جهته، أو زائدا أو ناقصا، أو زائدا من وجه وناقصا من وجه أو تالفا، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا.

وذكر الخامس فى فصل بعد ذلك ولم يذكره فى القسم[1] هنا؛ لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه، وهو يقسم فيما إذا وجد بالمبيع عيبا، ولو أريد

---

(١) فى أ: التقسيم.

وجد[١] العلمية التى تتعدى إلى مفعولين صح إطلاقها بعد التلف، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة، وذلك يستدعى موجودا.

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فإما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك، فالقسمة حينئذ حاضرة، وإما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين، وقلما يقع التعرض له، وعطفه بأو على أما غير متضح من جهة العربية، وكثيرا ما يقع ذلك فى كلام المصنفين.

وكذلك قوله: أو زاد، وكان الأولى أن يقول: زائدا عطفا على ما هنا.

أما الأحكام: فإذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله، فقد تقدم أنه يخير بين إمساكه ورده، فإن أراد رده فخيار الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا إلا بالكلام، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا، فله أن يرد حتى تنقضى أيامه ويستمع لأنه ملكه، وكذلك نقل ابن حزم فإن[٢] قال: لا يسقط الرد إلا بإحدى خمسة أشياء: مطبقة بالرضا، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه، أو إيلاد الأمة، أو موته، أو ذهاب عين الشىء أو بعضه، قال: وهو قول أبى ثور وغيره، انتهى.

ومن يعد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من[٣] المذهب، وهو فى غاية الغرابة.

ونقل ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى محتملة لئلا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه؛ فلذلك لم أذكرها، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطلة للخيار إن شاء الله.

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين

**أحدهما**: أن الأصل فى البيع اللزوم، وذلك متفق عليه، ومن الدليل فيه قوله ﷺ فى حديث: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا

---

(١) فى أ: يوجد.
(٢) فى أ: فإنه.
(٣) فى أ: فى.

[الْبَيْعَ][(١)] فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ» متفق عليه، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين، وأنه لا خيار بعد التفرق، ثم إنا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الإجماع وغيره، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص، فيجرى فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين،، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار، وهو ممكن، فالتأخير تقصير فيجرى عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل.

**الدليل الثانى**: ما ذكره المصنف - رحمه الله - من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازات.

قال ابن معن: احترز بقوله: ثبت بالشرع من خيار الشرط فى البيع.

وبقوله: لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة إذا عتقت تحت عبد إذا قلنا ليس الخيار على الفور، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق فى الإيلاء، ومن الخيار بين القصاص والدية، وقد أجاد فى ذلك وزاد غيره خيار العنة - أيضا - كخيار الأمة.

قال بعض الفضلاء: وهو منقوض بخيار المجلس فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، وليس على الفور، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف - رحمه الله - فى أول البيع، وذلك على وجه التروى والنظر فى المصلحة، لا لدفع الضرر المحقق، فإنه قد لا يكون ثم ضرر أصلا، ولا يستند إلى ظهور وصف فى المبيع.

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله بن يحيى الصعبى فى كلامه على المذهب الذى سماه: «غاية المفيد ونهاية المستفيد» وجعل قوله: لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس، فإنه ثبت للارتياء والنظر.

وقد يورد على المصنف فى ذلك خيار التصرية على قول أبى حامد المروذى كما تقدم، فإنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبى حامد، وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبته مع العلم، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال.

---

(١) سقط فى أ.

وقد يورد على المصنف - أيضا - الخيار الذى أثبته النبى ﷺ لحبان بن منقذ.

فإن ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال، وهو يمتد ثلاثة أيام، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار إليه الشافعى - رضى الله عنه - فيما تقدم.

ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه.

وقد يورد على المصنف أنه قاس فى باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب.

وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة، وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة تردد قول الشافعى فيها بخلاف الرد بالعيب، فإن أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور، وعدوا ذلك من محاسن المهذب.

وإذا تأملت كلام المصنف فى باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال: إنها على الفور على الجديد [الصحيح][1]، استدل له بالحديث ثم قال: فعلى هذا إن أخر الطلب من غير عذر سقط؛ لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين، وإن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا فى الرد بالعيب، المقصود إثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة، فلا سؤال ولا إشكال ولا حاجة إلى الجواب المذكور.

ولكن لك أن تقول: إن كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور، ولا حاجة فى الشفعة إلى قياسه على الرد بالعيب، وإن لم يكن كذلك فلا يكفى الرد بالعيب لثبوته، إن ثبت أنه على الفور، بالقياس على الشفعة، كما هو مدلول كلام المصنف هنا، فيحتاج إلى الجواب المذكور.

---

(١) سقط فى ط.

وقد خطر لى فى الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف فى جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشئا على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروى عن تعليق البندنيجى، أن الشافعى - رضى الله عنه - نص فى اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال: ولو عفا عن الشفعة ثم تركها، ثم بدا له فأراد المطالبة بها، كان له ما دام فى المجلس.

قال الهروى: ووجهه أن العفو تقرير لملك المشترى لجهة المعارضة، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فإنه إسقاط محض، ولم يتضمن تقرير ملك فى غيره.

**قلت**: فلعل المصنف - رحمه الله - اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام فى المجلس على قول الفور، ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب، وهذا ينبغى السؤال عنه، على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل، فلم أر هذا النص فيه، وهو غريب مشكل، ورأيت فى كتاب أحمد بن بشرى الذى جمع فيه من نصوص الشافعى ما يوافقه، فإنه قال: وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتى أو تركتها أو ما أشبهه، ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم: قد سلمت شفعتى، فإن لم يفارقهم حتى يقول: أنا على شفعتى، فذلك له، وهذا هو ذاك النص بعينه، وأيضا فقد اختلف الأصحاب فى خيار المجلس فى الشفعة، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك فى المجلس وإن قلنا بالفور فما قاله المصنف يدفعه.

**فرع**: إذا ادعى البائع أن المشترى أخر الرد بعد العلم، وأنكر المشترى فالقول قول المشترى مع يمينه، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد.

**فرع**: أطلق المصنف - رحمه الله - أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار، والمراد بذلك أن يبادر على العادة.

قال أصحابنا: فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس، وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا.

قال الماوردى والرافعى: ولو وقف عليه ليلا فله التأخير إلى أن يصبح، وقال

الهروى فى الأشراف: إلى ضوء النهار، وهما راجعان إلى معنى واحد، هكذا أطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالعرف.

وقال صاحب التتمة: إذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من إخبار البائع بذلك، فعامة أصحابنا قالوا: لا بد أن يقول فى الوقت فسخت، وإلا سقط حقه، وكان القفال يقول: لا يبطل، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم.

والظاهر أن صاحب التتمة يطرد هذا الخلاف فى تأخر الفسخ بالعذر مطلقا، ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة إنما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصا بالليل، لما فيه من التأخير كما يقوله فى الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقدمة فلا يعد فى العرف تأخيرا، وهذا الاحتمال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشتراط صاحب التتمة عدم التمكن فى الليل يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار، وكذلك قال ابن الرفعة: لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة، أما إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح، وهذا وإن كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره.

قال البغوى وابن أبى عصرون: إنه فى الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ، ولا الإشهاد على نفسه بالرد فى أصح الوجهين، وهذا الوجه الذى أشار إليه يسلكه مسلك الغيبة، وسيأتى الكلام فيها إن شاء الله، ولو لقى البائع فرد عليه قبل سلامه صح، ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضا، خلافا لمحمد بن الحسن، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما، وفى بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين فى كون السلام عذرا هو بعيد، وإن كان الإمام قال فى الشفعة: إن من عده فى اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع.

قاله الماوردى.

وسيأتى كلام كثير فى حالة الغيبة، لو لم يتم الغرض إلا باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف - رحمه الله - بقوله: من غير عذر.

وقال الأئمة: إن الكلام فى المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب

الشفعة، وأحالوا الكلام هنا عليه، وقد حكوا هناك وجها: أنه يلزمه إذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام، والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذاك، تحقيقا للبدار، قال ابن الرفعة: ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما فى قرن، وعد ابن الرفعة من الأعذار إباق العبد قبل القبض، فإن المشترى إذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه، بل لو صرح بإسقاطه لم يسقط على الصحيح.

**قلت**: والحكم كما ذكر، ولكن ذلك لأن السبب متجدد فى كل وقت، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده فى جملة الأعذار.

**فرع**: وأما الذى لا يكون عذرا فكثير:

منها: لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ فى محادثته، ثم أراد الرد فلا رد له، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال: أخرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله، ومكن وإلا فلا، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة إذا ادعت الجهالة بالحكم، ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله؛ لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعى.

وقال النووى: إنما يقبل قوله، ولم أعلم أن الرد على الفور، وقول الشفيع: لم أعلم أن الشفعة على الفور، إذا كان ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الغزالى وغيره بهذا فى كتاب الشفعة.

**قلت**: وفى الإطلاقين نظر، ويتعين أن يقال: يقبل قوله إذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله، وعلى هذا يحمل إطلاقهم، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا.

**فرع**: لو اطلع على عيب[١] قبل القبض، تلزمه المبادرة على الفور أيضا، على ما يظهر من كلامهم، ولا يقال: إن له التأخير إلى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع، ودوام العيب عيب

**فرع**: فيه تحقيق الكلام فى الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض؟ قال القاضى حسين عن عامة الأصحاب: إن عليه الفسخ على الفور.

---

(١) فى أ: العيب.

وعن الشيخ وهو القفال إن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم، هكذا رأيته فى تعليقه.

وأراد أبو سعد الهروى فى النقل عن القاضى حسين أنه رد على القفال، وقال: سبيله أن يفسخ [بحضور شاهدين أو يقول بنفسه إن لم يحضر الشاهدان فسخت البيع، ثم إذا ظهر الشاهدان أشهد على الفسخ](١) الواقع منه لتيسر الإثبات له، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة الأصحاب فى الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ، وعن القفال أنه يؤخر إلى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم.

[فرع: فيه تحقيق الكلام فى العوز وكيفية الرد وحال العنة والمرض](٢).

قال الإمام: إن تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير، وإن لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الإشهاد فليبتدر الرفع إلى القاضى بحيث لا يعد تقصيرا فى العرف، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور.

فإن رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب، وإن لم يجد الغريم فأمكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل، ورفع إلى القاضى فوجهان.

وقال الغزالى فى البسيط: إن نهض إلى البائع كما اطلع لم يكن مقصرا، وإن لم يكن حاضرا ورفع إلى القاضى فليس مقصرا، وإن فسخ فى بيته وأشهد فليس مقصرا، وإن رفع إلى القاضى مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب، وإن لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الإشهاد، فلم يشهد ورفع إلى القاضى فوجهان، وهو موافق لكلام الإمام، وجزمه أولا بأنه إذا رفع إلى القاضى ليس مقصرا محمول على ما إذا لم يمكن الإشهاد، جمعا بين أول كلامه وكلام الإمام أنه يرد على الغريم، فإن لم يحضر فالإشهاد، أو يكتفى بالحاكم وجهان، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الإشهاد ثم الحاكم، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الإشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة، وهذا إذا لم يكن حاضرا فى مجلس الحكم، فإن كان حاضرا بين يدى القاضى فلا يعذر فى التأخير، كما قدمه الإمام.

وقال فى الوسيط: إن كان العاقد حاضرا فليرد عليه فى الحال، وإن كان غائبا

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

فليشهد على الرد اثنين، فإن عجز فليحضر مجلس القاضى فإن رفع إلى القاضى والخصم حاضر فمقصر، وإن كان الشهود حضورا فرفع إلى القاضى فوجهان إذ فى الرجوع إلى القاضى مزيد تأكيد، فاقتضى هذا الترتيب الغريم ثم الإشهاد ثم الحاكم، وقيل الغريم ثم الإشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة.

وقال فى الوجيز: ترد عليه فى الوقت إن كان حاضرا، وإن كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين، فإن لم يكن حاضرا عند القاضى فوافق ما فى الوسيط، قال الرافعى: وفى الترتيب المذكور إشكال يعنى الذى فى الوسيط والوجيز.

قال: لأن الحضور فى هذا الموضع إما أن يعنى به الاجتماع فى المجلس، أو الكون فى البلد فإن كان الأول فإذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود، ولم يسع إلى القاضى ولا سعى إلى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة إلى القاضى إذا وجد البائع أن يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه وإن كان الثانى فأى حاجة إلى أن يقول: شاهدين حاضرين؟.

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الإشهاد بعيدا، أما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من إحضار من يشهده أو الحضور عنده وأما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر فى مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج إلى الإشهاد، بل يتعين عليه ذلك إن أراد الفسخ، فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى، انتهى كلام الرافعى.

ووافقه النووى على هذا الإشكال وقال: إن الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعى: إن الذى فهمه من كلام الأصحاب أن البائع إن كان فى البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله، وكذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة إلى المرافعة[1]، فلو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين.

وإن كان غائبا عن البلد دفع[2] الأمر إلى مجلس الحكم، وإلى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى فى الحالين لو تمكن من الإشهاد على الفسخ هل يلزمه؟ وجهان.

(١) فى ط: المرافقة.
(٢) فى أ: رفع.

قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم، ويجرى مجرى الخلاف فيما إذا أخر بعذر من مرض أو غيره، ولو عجز فى الحال عن الإشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ؟ وجهان.

**أصحهما** عند الإمام وصاحب التهذيب لا حاجة إليه، انتهى ما ذكره الرافعى وهو مخالف لما قاله الإمام والغزالى فى كون الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم مبطلا، كما يقوله الإمام، وعند الرافعى هو مخير بينهما ومخالف له - أيضا - فى الاكتفاء بالإشهاد عن الحضور إلى الحاكم كما يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط والوجيز، وصدر كلام الإمام فى النهاية.

وعلى ما قاله الرافعى لا يكتفى بذلك جزما، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الإمام والغزالى بلزوم الإشهاد عند الإمكان إلى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى فى الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره، وإن كان آخر كلام الإمام والغزالى فى البسيط يمكن حمله على الوجهين فى ذلك الذى حكاهما الرافعى، لكنه إن صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم، فهذه الأمور الثلاثة فى كلام الرافعى رحمه الله، وفى كلام الإمام زيادة بيان أنه إن تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير، ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع، وهو كذلك بلا نزاع، فقول الرافعى: إنه يخير بين الأمرين إن أراد فى غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها، وإن أراد مطلقا اقتضى أنه من الحاكم، ويذهب إلى البائع أو يترك البائع فى المجلس ويذهب إلى الحاكم، وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه.

وما ذكره الرافعى من أن الأصح عند الإمام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة إلى التلفظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامة الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال، وفيما ذكره الرافعى من التخيير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعا فى آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

وقال ابن الرفعة فى الكفاية، على سبيل الإيراد على الغزالى: إن الإمام ذكر فى الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشترى، وحكيا معا وجهين فيما إذا تمكن من الإشهاد وتركه، ودفع إلى القاضى، وهذا يدل على أن المضى إلى القاضى أقوى من لقاء الخصم، وأن الإشهاد أقوى من المضى إلى القاضى هكذا كلامه فى الكفاية.

وقال فى المطلب: إن مراد الغزالى هنا فى الوسيط والوجيز [بالحضور حضور مجلس الاطلاع وبالعجز عن الإشهاد العجز عنه فى مجلس الاطلاع وبذلك يكون الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم مقتضى كلامه فى السبعة يدل على أن مراده](١) بالحضور الحضور فى البلد، وكذلك مراده فى البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم فى البلد ليس بتقصير، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة.

وأما الرفع إلى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع، ففيه الوجهان، ثم قال ابن الرفعة: إنه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة الشهود، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد: يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة، ومن ذلك إن صح ينتظم ثلاثة أوجه، ثالثها الإشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد، لا على نفس الرد.

**قلت**: والصحيح كما تقدم عن الرافعى أنه يلزمه الإشهاد على نفس الرد، وأما الإشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفى فإنه ههنا يمكنه إنشاء الرد بحضرة الشهود وفى الشفعة لا يمكنه الأخذ إلا بأمور هى مقصودة إذ ذاك، فليس المقدور فى حقه إلا الإشهاد على الطلب، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الإمام والغزالى فى البسيط قالا فى الشفعة: إن الشفيع إذا ترك مطالبة المشترى مع الحضور، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبة المشترى.

وهذا المعنى يجوز أن يقال فى حالة حضور المشترى فى البلد، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة، ويجوز أن يقال مثله فى الحالين فى الرد بالعيب، وأجاب بأنه يحمل ما ذكره فى الشفعة على حالة غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع عليها؛ لأن فى حالة الحضور لا خلف على الشريك فى قوله: أنا طالب بالشفعة أو تملكت بها، أو وجد بدل المال، فإن نازعه المشترى إذ ذاك رفعه إلى الحاكم، وفى حال غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع لا بد من المضى إما له أو للحاكم، فكان مخيرا بينهما أيهما أحوط، وهكذا لا تباين بين الكلامين.

قال: وهذا قلته بناء على ما صار إليه معظم الأصحاب من أنه إذا أمن الرد [طالب الشفعة فإنه] لا يعذر بطلب الحاكم.

---

(١) سقط فى أ.

أما إذا قلنا بما صار إليه القفال فيما حكى القاضى عنه فلا فرق بين الحالين فى جواز تأخير الطلب إلى وقت الحضور بين يدى القاضى كما أن ذلك مقتضى إطلاق القاضى فى تعليقه عنه ولا جرم، قال الإمام مشيرا إلى هذا الوجه: لو كان المردود عليه حاضرا فابتدر القاضى فظاهر المذهب أنه يبطل حقه، لكن حكاية الهروى عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الإشهاد، وإذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالى من الجزم بأنه يقصر، يعنى إذا رفع إلى القاضى والخصم حاضر- أى فى مجلس الاطلاع.

**قلت**: ما حكى الهروى عن الشيخ أبى حامد أن الرفع إلى القاضى والطلب منه أن يحضر المشترى حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق.

قال ابن الرفعة: وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما فى الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما.

وكذا تأخيره إذا اجتمع هو والمالك فى مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الإمام، وقد عرفت اندفاعه، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر فى البلد، هل يجعل بترك الإشهاد قبل الانتهاء إليه مقصرا؟

وجهان جاريان فيما إذا كان غائبا عن البلد وترك الإشهاد قبل الانتهاء إلى القاضى، المفهوم منهما فى الوجيز أنه غير مقصر، ولو لم يقدر على الإشهاد فى حال حضور البائع فى البلد أو غيبته عنها فلا تقصير إلا بإهمال طلب البائع أو القاضى.

وهل يكون طلب القاضى تقصيرا فى حال حضور البائع فى البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالى ما ذكرته فى الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه فليتأمل.

**قلت**: وملخص ذلك أنه إن حضر الحاكم[١] مجلس الاطلاع رد [عليه][٢] جزما، وإن حضر البائع[٣] مجلس الاطلاع فكذلك، لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين

(١) فى ط: البائع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: المشترى.

من النقل عن القفال، وإن لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر فى البلد فعلى ما قاله الرافعى، واقتضى[١] كلام الإمام فى الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم.

وقال ابن الرفعة: إنه فى هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره، يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة، وعامة الأصحاب على خلافه، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الإمام والغزالى فى الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط، فهذه مناقشة فى كلام ابن الرفعة، وأيضا مناقشة ثانية، هى أن كلام الغزالى فى الوسيط جعل الحضور إلى القاضى عند العجز عن الشهود، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع.

ومناقشة ثالثة: وهى أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعى فى قوله: لم يسع إلى القاضى ولا يسعى إلى البائع كما يقتضيه كلام الغزالى.

وقوله إن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من إحضار الشهود، فيكون الحضور إلى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود وهو كما يقتضيه كلام الغزالى بعيد، وما ادعاه ابن الرفعة من إرادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله، فقد ظهر أن إشكال كلام الغزالى باق بحاله، فإن اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعى وغيره، وفى كل من الحالتين يجب الإشهاد إذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الأصح، ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الأصح، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح.

وسأفرد للكلام فى ذلك فرعا، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول: تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم، فإن مر فى طريقه إلى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب إشهادهم [فى الأصح لا التلفظ][٢] قبل ذلك فى الأصح، وإذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع فيبادر ولا

---

(١) فى أ: واقتضاه.
(٢) سقط فى ط.

يؤخر قطعا، على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الإمام.

**الثانية**: أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير إلى حضور مجلس الحكم حذرا من إنكار البائع.

**الثالثة**: حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لإمكان الإثبات بهم، ولم أر تصريحا بنقلها إلا ما تقدم من إطلاق أنه يجب الإشهاد قبل الانتهاء إلى الحاكم والبائع إن أمكن على الأصح، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا، وقد قدمت ما فيه، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه إما جزما أو على الأصح.

[الرابعة: أن يكون البائع والحاكم كلاهما فى البلد غائبين عن مجلس الاطلاع فيجبر بينهما على الأصح][١]

وظاهر هذا الإطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب.

وقد يقال ينبغى أنه إذا كان يمر فى مضيه إلى أحدهما بالآخر يصير، كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه إلى أن ينتهى إلى الآخر، وقد قدمت ذلك أيضا، وسنعيد الكلام فيه.

**الخامسة**: أن يكون الموجود فى البلد واحدا منهما، أما الحاكم أو البائع فلا شك فى تعيينه.

**السادسة**: إذا لم يكن واحد منهما فى البلد تعين الإشهاد.

**السابعة**: إذا كان الشهود فى البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الإشهاد على الصحيح.

وقال الغزالى فى الشفعة: إن المذهب: أنه لا يجب.

**الثامنة**: إذا كان الشهود فى البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى إليهم جزما.

**التاسعة**: إذا كان الشهود فى البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الإشهاد على الأصح ولا يكفى جزما.

---

(١) سقط فى ط.

**العاشرة**: إذا لم يكن فى البلد شىء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ؟ يأتى فيه الوجهان المذكوران فى كلام الرافعى فى حالة العجز عن الإشهاد، الأصح عدم الوجوب.

**فرع**: إذا رفع الأمر إلى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى؟ قال القاضى حسين فى فتاويه: يدعى شراء ذلك الشىء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك فى وجه مسخر ينصبه القاضى ويحلفه القاضى مع البينة؛ لأنه قضاء على الغائب، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل، والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضيه القاضى من ماله، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه، هكذا قاله القاضى ونقله الرافعى عنه.

وقوله فى الدعوى: إنه فسخ البيع، إنما ذكره القاضى تفريعا على رأيه فى أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر إلى الحاكم، بل يفسخ عند الشهود أو وحده، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ إذا لم يوجد[(١)] الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فإنه ينشئ الفسخ عنده، وتكون الدعوى التى يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط.

وقوله: [أنه][(٢)] ينصب مسخرا؛ تفريع على رأيه - أيضا - فى الاحتياج إليه فى الدعاوى، والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضى نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب فى الدعوى على الغائب، وقيل: يستحب.

وقوله: « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقد وغيره.

وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال إنه مثل البيع[(٣)].

فيتخير القاضى فى بيع ما شاء منها[(٤)]، ويحتمل أن يقال: إنه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب إلى مقصود البائع.

فإن عجز باع من غيره ليكمله، قال ابن الرفعة: وهو الذى يظهر.

وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره، بل هو

---

(١) فى أ: يجد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: المبيع.
(٤) فى أ: منهما.

وغيره سواء، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع؛ لأنه لا يتعين فى ذلك، والله -تعالى- أعلم.

**فرع**: فأما إذا رفع إلى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب، وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة إلى الحاكم جزما، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك إلا إعلام الحاكم بالفسخ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالاكتفاء بذلك عند الإشهاد مستمر على الصحيح أن القاضى يقضى بعلمه، أما إذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيده إخبار الحاكم بذلك وحده، قبل مجىء الغريم، وإذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول: إنه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم، ولا يقبل قوله فى قوله: الفسخ فى ذاك الوقت، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف [الحال][1] وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الإشهاد وأنه لا يرفع إلى الحاكم إلا عند العجز على الإشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط.

لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض إلى البائع أيضا، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ، والله أعلم.

**فرع**: الخصم الذى يرد عليه على وجه[2] التعين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك، وإطلاق كلام الغزالى والرافعى أنه البائع، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره.

قال ابن الرفعة: وفى الثانية نظر إذا قلنا لا عهدة تتعلق بالوكيل، وعلى كل حال فله الرد على الموكل.

**قلت**: والكلام فى العهدة معروف فى موضعه، فلذلك حسن الإطلاق ههنا محالا على البيان، ثم وقد صرح الرافعى فى آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى، يعنى إذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما إذا أوصى إليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه وإعتاقها ففعل، ثم وجد المشترى عيبا بالعبد، قام الوصى ببيع العبد المردود، ويدفع الثمن إلى المشترى.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: جهة.

قال: ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا؟ فيه وجهان:

**أحدهما** وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه.

وأصحهما: لا؛ لأنه امتثل المأمور، وهذا ملك جديد فيحتاج إلى إذن جديد ويخالف الإيصاء فإنه تولية وتفويض، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشترى فإن قلنا: ملك البائع لم يزل، فله بيعه. ثانيا وإن قلنا زال وعاد، فهو كالرد بالعبد، ثم إذا باعه الوصى ثانيا، فإن باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصى، أو فى ذمة الموصى؟ فيه وجهان.

**أصحهما**: الأول، وبه قال ابن الحداد، وعلى هذا لو مات العبد فى يده كما رد غرم جميع الثمن، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشترى والباقى للوارث، وإن لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى إن اشتراها فى الذمة، وإن اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الإعتاق وعليه شراء جارية أخرى وإعتاقها بهذا الثمن على الموصى، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال، حكاية ينعزل بها، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى، هكذا قال الرافعى.

قال النووى: الصورة مفروضة فيمن لم يعلم، وأما قول ابن الرفعة: على كل حال له الرد على الموكل، يوهم أن ذلك بلا خلاف، وليس كذلك بل الخلاف فى العهدة فيهما جميعا، فالصحيح مطالبتهما جميعا، الوكيل والموكل، وقيل: الوكيل دون الموكل، وقيل: الموكل دون الوكيل والكلام هنا فى المردود عليه، فظهر أنه كذلك، وقد ذكره فى التحالف وذكروا خلافا فيه وفى ولى المحجور عليه إذا باشر العقد [له][1]، فأما الوكيل فلا شك فى اتجاه رد الإتلاف هنا كما قلنا[2] من العهدة.

وأما ولى المحجور ففيه[3] الجزم بالرد عليه، وإلا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه إلى الظلامة، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم، وأما الوارث فإنه يرد

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: قلناه.
(٣) فى أ: فيتجه.

عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه، وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعي ما تقدم.

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا، وأنه يرد على الوكيل أى جوازا.

وهى من المسائل التى فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن.

والأصل فيها أن السلعة متى عادت إلى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل، ومتى عادت إليه باختياره فلا، فإن ردت عليه بعيب فإن كان بعيب لا يحدث مثله فالوكيل يرده على الموكل، وإن لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل، وإن احتمل فإن أقام المشترى بينة [على تقدمه رده عليه وله رده على موكله وإن لم يقم بينة](1) فالقول قول الوكيل، فإن حلف سقط الرد وإلا ردت على المشترى، فإن حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه، وقال القاضى الطبرى: إن قلنا: رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل، قال الرويانى: وفيه نظر عندى يعنى لأنها لا تتعدى إلى ثالث.

**فرع**: الإشهاد الواجب أطلقه الرافعى وغيره، وقال الغزالى: يشهد اثنين.

قال ابن الرفعة: وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف، والأمر كما قال.

**فرع**: تقدم أنه إذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر إلى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر، وهل تكفى مسافة العدوى؟ قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداء وقبول شهادة الفرع، وكتاب القاضى إلى القاضى، والدعاء لأداء الشهادة، قال: وقد يقال: غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة، كما ذكر(2) وجه فى بعض الصور السالفة؛ لأن فى تكليف(3) الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه، قال: وهذا ما يفهم كلام الرافعى الجزم به.

**قلت**: والجزم بذلك هو الظاهر، وإذا كان كلام الرافعى لا يقتضيه إلا بإطلاق

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: ذلك.
(٣) فى أ: تكليفه.

الغيبة، فإن جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة إليه يبعد معه أن يكون الحاكم حاضرا فى البلد، فيجوز تركه والمضى إلى البائع فى دون مسافة القصر أو مسافة العدوى، فينبغى أن يعتبر مطلق الغيبة إلا أن يكون موضع البائع خارج البلد، [أو](١)أقرب من موضع الحاكم فى البلد، ففيه نظر.

فرع: تقدم من كلام الرافعى أنه مخير بين البائع والحاكم، وهذا بإطلاقه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه إلى الآخر، لا سيما قول الرافعى: إنه إن ترك البائع ورفع إلى الحاكم فهو زيادة تأكيد، فإنه دل على هذا المعنى لكن هذا يرده تصريحهم: متى كان الحاكم فى مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس، فيتعين حمل هذه العبارة على ما سوى هذه الصورة، وأنه إنما يجوز له الذهاب إلى الآخر إذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله، ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين فى القرب والبعد، فظهر(٢)التخير، وقد يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا فى جهتين، فهل نوجب المضى إلى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمرا؟ إطلاق كلامهم يدل على الثانى وهذا الفرع هو الذى وعدت به، ولأجل ما فيه قلت فيما تقدم: إنه إذا مر فى طريقه بأحدهما لا يعذر فى مجاوزته إلى الآخر.

فرع: وروى محمد بن سيرين قال: ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية فقيل له: إن لها زوجا، فأرسل إلى زوجها فقال له: طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى، فجعل له خمسمائة فأبى، فأرسل إلى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم، تمسك بعض الناس بهذا الأثر، والمدعى(٣)أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور، أو أنه لا يبطل بمثل هذا التأخير، وليس فى الأثر أنه رد جبرا، فيحتمل أن مالكها رضى بردها، وإن سقط بالتأخير فيكون إقالة، وكل منهما مخالف للمذهب.

فرع: محل الذى تقدم من وجوب الفور فى شراء الأعيان، أما الموصوف المقبوض إذا وجد معيبا فإن قلنا: إنه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفور

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فيظهر.
(٣) فى أ: وادّعى.

وإن قلنا يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والأوجه المنع؛ لأنه ليس معقودا عليه، قاله الإمام ونقله الرافعى عنه فى باب الكتابة، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها فى الطريق، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب، ولم يوجد منه أكثر من الركوب أو العلف أو السقى، وذلك حق له إلى أن يرد[1] فلم يمنع الرد».**

**الشرح**: الانتفاع بالمبيع بعد[2] العلم بالعيب إن لزم منه تأخير أو دفع فى زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك فى بطلان الرد لما تقدم فى اشتراط المبادرة فينبغى أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة فى مدة طلب الخصم أو القاضى، وحينئذ أقول: هذا الذى ذكره المصنف - رحمه الله - فى الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد أن ابن سريج فرعه فى جملة مسائل فى الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن وذكره هكذا، كما ذكره المصنف - رحمه الله - حكما وتعليلا، وقال: إن الذى يمنع من الرد أحد أمرين: حدوث نقص بالمبيع، أو ترك الرد مع القدرة عليه، ولم أر هذه المسألة فى تعليق أبى الطيب، وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبى حامد.

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ فى الشامل، والجرجانى فى الشافى، واختاره الرويانى فى الحلية.

وقال ابن الصباغ: قال أصحابنا: كذلك إذا حلبها فى طريقه لأن اللبن له، فإذا استوفاه فى حال الرد جاز كمنافعها، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع فى حال الرد بالنقل عن الأصحاب، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الرويانى فى البحر، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا: لو كانت ثيبا فوطئها وهو حامل لها ينبغى ألا يبطل حق الرد، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير، فلو فرض ذلك فى وقت لا يمكن المسير فيه كالليل، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب.

---

(١) فى أ: يردها.
(٢) فى ط: قبل.

وصرح الجرجانى مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية، ولا لبس الثوب، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا.

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على الرضا، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى، وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعى عن الرويانى خاصة.

وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم إلى خلافه، وها أنا أذكر ما ذكروه فأقول: الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والإمام والغزالى والبغوى وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد [بالعيب مع المبادرة][1] ألا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه، فإن استعمله وكان رقيقا واستخدمه، أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والأرش معا؛ لأن الاستعمال ينافى الرد.

واختلفوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه، كقوله: اسقنى أو ناولنى الثوب أو أغلق الباب، ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له، ونقله الرافعى عن غير الماوردى أيضا، والذى قاله القاضى حسين والإمام وقاله[2] الرافعى: إن الأشهر أنه لا فرق، وتابعه النووى فى الروضة وقال: إنه الأصح الأشهر.

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر؛ لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض، فإن شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال، أما إذا كانت دابة فركبها فإن ركبها لا للرد بطل حقه وإن ركبها للرد أو السقى فإن كانت جموحا يعسر سوقها وقودها فهو معذور فى الركوب، وإن لم تكن جموحا، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففيه وجهان.

**أصحهما**: على ما ذكره الرافعى والنووى البطلان؛ لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه إلا بإذن المالك.

---

(١) فى ط: بالعيب المبادرة إليه.
(٢) فى أ: وقال.

**والثاني**: وهو ما قطع به فى الكتاب، ونسبه الماوردى إلى ابن سريج، وصححه ابن أبى عصرون، واختاره الرويانى فى الحلية: لا يسقط حقه، ويستدل[1] له الماوردى وغيره بأن الركوب أعجل له فى الرد وأصلح للدابة من القود.

قال ولكن: لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز، وكان هذا اللبس مانعا من الرد؛ لأن العادة لم تجر به، ولأنه لا مصلحة للثوب فى لبسه، وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب، ولكن ما ذكره الماوردى من اعتبار العادة والمصلحة فارق، ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه فى الطريق فتوجه ليرده[2] لم ينزع فهو معذور؛ لأن نزع الثوب فى الطريق لا يعتاد، قاله الماوردى ونقله الرافعى عنه.

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعى، ولو كان حمل عليها سرجا أو إكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه؛ لأنه استعمال وانتفاع، قاله الرافعى تبعا لصاحب التلخيص.

قال الرافعى: ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل، أى فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحميل فهى انتفاع فيمنع منه.

قال ابن الرفعة: ويشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه فى هذه الحالة تقصيرا، إذ هو يعيبها فيكون مانعا من الرد.

**قلت**: وهو كذلك، بل يجف بنفسه فى هذه الحالة كالنعل إلى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها.

قال الرافعى: ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا، ولأن القعود يعسر دونهما، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء فى مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها فى الطريق قال [الشيخ][3] أبو حامد: إن

---

(١) فى أ: واستدل.
(٢) فى أ: للرد.
(٣) سقط فى ط.

كانت تمشى بلا نعل بطل حقه وإلا فلا، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب[1] فنزعه بطل خياره.

قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوى؛ لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى.

قال: فإن كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشترى [عليها][2] فالنزع لا يبطل حقه من الرد.

فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه، والنعل لا يجوز نزعه إلا فى الصورة التى استثناها البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والإكاف لا يجوز تركه، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم.

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه.

ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى - رحمه الله - نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ، وقال أبو العباس: إنما أراد به إذا ركبها استعمالا، فإذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحا لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ.

وإن كانت ذلولا لا تحتاج فى سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها، وهذا النقل عن الشافعى بإطلاقه، وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف - رحمه الله - من جواز الركوب [وهو][3] مخالف لما نقله الماوردى عن ابن سريج فيما تقدم.

قال ابن الرفعة: ولعل عنه وجهين، أو أن هذا من تأويله للنص، فيكون مذهبا للشافعى - رحمه الله - عنده، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعى، ولولا هذا النص الذى نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجانى لا سيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت فى هذه الحالة كان الولد للمشترى لبقاء ملكه، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف، فإن القائلين

---

(١) فى أ: العيب.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

بخلافه أكثرهم من الخراسانيين، وأصلهم القاضى حسين والفورانى، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه، وفى المفتاح وابن خيران الأخير على أن أبا الخير بن جماعة المقدسى شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة فى الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف، وبالجملة فالمعول عليه فى ذلك كما قاله الإمام والغزالى العرف.

فينبغى ألا يحكم على شىء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغى أن نستلزم معه أصل الخيار، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه، فإن خيار الرد ثبت قطعا، والمبادرة حصلت، والذى قارنها من الاستعمالات[1] لا يدل على الرضا؛ لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله إذا قلنا: لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب، أما إذا أوجبناه لا تأتى المسألة لأنه إن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه، وإن لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير.

ولما كان القاضى حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد، والمبطل عنده فى الحقيقة هو التأخير، لا خصوص الاستعمال، فيجب التنبيه لذلك، فإن القاضى حسين رأس الخراسانيين، وقال ذلك على رأيه، والصحيح خلافه، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشترى باق فى زمن الرد، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا.

وهذا كله فى مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون: إنه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفور، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب.

أما العلف والسقى فلا يضر، هكذا جزموا به ولا أظنه يجىء فيه خلاف؛ لأن ذلك مصلحة خالصة للدابة، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له إلى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب.

---

(١) فى أ: الاستعمال.

وأما مسألة الحلب فكذلك جزموا بها، ونسبها بعض المصنفين إلى بعض الأصحاب وينبغى التفصيل، فإن كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن فى ضرعها فلا يجىء فيه خلاف كالعلف والسقى، فإن لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز، وعلى ما صححه الرافعى والجمهور يمتنع، ونسب الرويانى فى البحر جواز الحلب إلى أصحابنا، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد.

**فرع**: إذا كان فى رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشترى، قاله صاحب التتمة وغيره.

قال: لأن البيع مضمون فى يده، والمال إذا كان مضمون العين كان مضمون الرد.

**قلت**: وهذا ظاهر إذا لم يتلفظ بالفسخ، أما إذا تلفظ به حيث أمرناه، أما إذا قدر على الشهود على الصحيح وأما وحده على رأى القاضى حسين وبالفسخ خرج عن ملكه، وقد صرح الرافعى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشترى.

وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك فى يده ضمنه.

وقد يقال: ينبغى أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة، فيجب عليه الرد، ولكن ليست العين مضمونة عليه.

وحكم المؤنة فى زمن الرد حكمها فى العين المستأجرة بعد انقضاء المدة، لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان.

فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة إذا انقضت بخلاف العين المستأجرة، فإنها كانت أمانة، وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل:

منها إذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الإفلاس، فمؤنة الرد على المشترى ومؤنة رد المرهون على الراهن، والقيم إذا ظهرت خيانته أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد إذا صار مضمونا على القيم، وإذا أراد الرد بعد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسلم الموصى إلى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه، فالصداق إلى الزوج إذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج؛ لأنه أمانة فى يدها، هكذا قال القاضى، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين، وهى الأصح أنه مضمون عليها.

ومنها - أيضا - مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل، وهى: إذا سلم العبد الجانى، واحتيج إلى بيع رقبته فى أرش جنايته، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية.

**قلت:** فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها، وقد رأيت فى شرح المهذب لأبى إسحاق العراقى فيما إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره قال: إذا احتاج فى رده إلى مؤنة.

فإن قلنا: ليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه وإن قلنا: له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد إلى ملكه، وهذا كلام عجيب[1]، ولا أدرى من أين له؟ والصواب ما تقدم.

**فرع:** اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال: ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل، قال القاضى حسين فى الفتاوى: يبطل حقه من الرد لأن فصده رضا منه بالعيب، فإن أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد، فإن هلك فهو من ضمان المشترى بالقيمة.

قلت: وفى جواز فصده بعد الفسخ وهو ليس بملكه إشكال، قال جامع الفتاوى: إنه على هذا عندى إذا فسخ بين يدى البائع، أو فسخ واشتغل بطلبه، أما إذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل حقه، قال: وهو مشكل.

قلت: الإشكال الذى ذكرته فى جواز الفصد باق، وزاد فى هذا الكلام إشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتوانى.

والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى إلا المنازعة، فإن صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التوانى.

وإنما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل إنكار المشترى فليتأمل كل من الكلامين فإنه مشكل، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وله أن يرد بغير رضا البائع، ومن غير حضوره؛ لأنه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق».**

---

(١) فى ط: عجب.

**الشرح**: الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة، وأما الفسخ فإنه يجوز للمشترى ولو فى حضور البائع، وفى غيبته مع رضاه، ومع عدمه، ولا يفتقر إليه ولا إلى الحاكم، وسواء أكان [ذلك قبل القبض أم بعده، وقال أبو حنيفة إن كان][1] قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع، ولا يجوز فى غيبته، وإن كان بعد القبض فلا يجوز إلا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم، وهكذا قال أبو حنيفة فى خيار الشرط: إنه لا يجوز لأحدهما الفسخ إلا بحضرة صاحبه، لكنه لم يشترط هناك رضاه، فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة - رحمه الله - خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا، والرد بالعيب مثل القبض، كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا، وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم.

ودليلنا فى خيار الشرط إطلاق حديث حبان بن منقذ، وفى خيار العيب قبل القبض، قال القاضى أبو الطيب: النكتة فيها أن من لا يعتبر رضاه فى رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمرأة فى الطلاق، وأما بعد القبض فلأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل القبض، وقول المصنف - رحمه الله -: لا يعتبر فيه رضا صاحبه إشارة إلى ما بعد القبض.

وقوله: «ولا حضوره» إشارة إلى ما قبل القبض تنبيها على محل الخلاف فى الموضعين، وقد قابل[2] فى النكت لفظ الرفع بالقطع، وهو أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع، بل هو رفع لا سيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله، وقاس فى النكت على الموصى له أيضا.

وقوله: «جعل إليه احترازا من الإقالة فإنها إليهما لا ينفرد بها أحدهما، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضى مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده، وهى فرقة فسخ عندنا؛ لأن الفرقة حكم شرعى رتبه الشرع على لعانه بغير اختياره، فلا يندرج فى قوله رفع؛ لأن الرافع الشرع لا هو، وفى الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع، واستدل أصحابنا - أيضا - بالقياس على الرجعة الوديعة فإنها تنفسخ فى غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد، وإن كان لا

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: أبدل.

يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها إليه أو الحاكم، فإن لم يفعل وهلكت فى يده ضمنها.

واعلم أن قول المصنف: جعل إليه، ظاهر فيما قبل القبض؛ لأن أبا حنيفة - رضى الله عنه - لا يشترط فيه رضا البائع، وأما بعد القبض فقد يقال: إنه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشترى ليوقفه على رضا البائع [وهذا][1] مندفع عن المصنف؛ لأنه يعنى بقوله: جعل إليه أنه صادر منه وحده، بخلاف الإقالة الصادرة منهما، ومع ذلك يصح الاحتراز، وإن اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر إلى إقرار الزوج وبالعجز، وإلى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا، ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ، وإنما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضى حسين، وعلى هذا يلزمه، فإن الرد بالعيب ثابت لأحدهما، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان:**

**أحدهما: أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع فى مدة خيار الشرط بالوطء.**

**والثانى: لا ينفسخ؛ لأن الملك قد استقر للمشترى، فلا يجوز فسخه إلا بالقول.**

**الشرح:** هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين، وبنى الوجهين فيها على الوجيز فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد، وهى ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها، هل يكون فسخا؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** نعم كالوطء فى زمان الخيار، فإنه إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص، الذى قاله المحاملى فى التجريد أنه لا خلاف فيه.

وقال القاضى أبو الطيب: على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك، وفسخ للبيع، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق فى الوطء فى زمان الخيار بين

(١) سقط فى ط.

خيار المجلس وخيار الشرط، وإنما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه فى مدة خيار المجلس.

قد يقال: إن تحريم العقد باق، والعقد أضعف، وذلك أيعين رأس المال والغرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله؟ قال بعض الأصحاب إن الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط، وإن كان الأصح اللحوق فيهما فإذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب إلى خيار الرد الطارئ بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول: إن هذا القياس إنما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشترى، وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والإمام أما إذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فإنه ملك المشترى.

**والوجه الثانى**: لا ينفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع فى زمان الخيار حيث نقول ينفسخ بالوطء وإن انتقل الملك للمشترى أن الملك فى زمان الخيار ضعيف، والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار؛ فلذلك يشترط فيه القول، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور:

**أحدها**: أن هذا إنما يحتاج إليه إذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشترى، وقد تقدم التنبيه على ذلك.

**الثانى**: ما الأصح من هذين الوجهين؟ فاعلم أن [الرافعى][(1)]- رحمه الله - القائل بأن الأشبه أن من كان الخيار له فالملك له، وإن كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ؛ لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله، فلم يشبه المعيب.

وإذا كان الخيار للمشترى [وحده][(2)] لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى، فعلى مقتضى كلام الرافعى ينبغى

---

(١) فى ط: الشافعى.
(٢) سقط فى ط.

أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف - رحمه الله - فليكن الأصح - أيضا - عدم الانفساخ.

**الثالث**: قول المصنف الملك قد استقر للمشترى، والمشترى فى كلامه مشترى الثوب، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب، لكنه قال فى مسألة الفلس التى بنى عليها لأن ملك المشترى قد استقر على الجارية، وهذا يناسب أن يقول هنا: لأن البائع استقر على الجارية؛ لأن الراجع فى الفلس هو البائع والراجع فى العيب هو المشترى، ولا شك أن تملك[1] كل من البائع والمشترى مستقر وكل من المأخذين صحيح ويظهر أن يقال إن مشترى الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار، وفى هذا المأخذ أيضا؛ لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة، وههنا بواسطة رد الثوب.

**الرابع**: أن الوطء حرام على المذهب وإن قلنا يحصل به الفسخ.

**الخامس**: قال أبو على الفارقى فى هذا: إنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر؛ لأنه وطئ فى ملكه، فإن لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا قولا واحدا، ويجب المهر ولا حد عليه، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة، وإن وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين، وإن لم يقصد؛ كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولا حد للشبهة.

**السادس**: فى جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول فى مسألة الجارية المرهونة، وقد تقدمت، ومنها التقليد والإشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا؟ فيه خلاف، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصه، وهذا لا يفعله إلا العازم على الحلق، فهل يتنزل الحلق؟ على قولين الجديد: لا، وأما المعاطاة ونحوها فذلك لقرينة، لا للفعل.

---

(١) فى أ: ملك.

[وإن كان قريبًا من هذه المسائل أيضًا][(١)].

**قال المصنف - رحمه الله تعالى - : فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان، بناء على القولين فى الأمة إذا أعتقت تحت عبد، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ:**

**أحدهما: يسقط الخيار؛ لأن الخيار ثبت لدفع الضرر، وقد زال الضرر.**

**والثانى: لا يسقط؛ لأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضاه.**

**الشرح**: الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب، والرافعى حكاهما - أيضا - فى باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته، ولكنه فى هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب، وقال: إنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقان فى المذهب حكاهما القاضى حسين.

**إحداهما**: حكاية الوجهين بناء على القولين.

**والثانية**: القطع بسقوط الخيار قال: وهذا هو المذهب.

والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين، أن خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له، بخلاف خيار العيب، فلما اختلف الخياران فى الأصل اختلفا فى الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب.

وقال ابن الرفعة: إن هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال، وبالجملة الصحيح السقوط، وكذلك هو الصحيح من القولين فى الأمة.

ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وإن قيل فى الأمة: لأن خيارها مقيد[(٢)] بما ينالها من الضرر بالإقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشترى معلل بغير البائع له، وأنه بذل ذلك الثمن فى مقابلة ما ظنه سليما وأخلف، وزال العيب فى يد المشترى وهى معه حاصلة له ولكنى لم أر من قال بهذه الطريقة.

والإمام فى كتاب النكاح ضعف الوجه فى المسألتين جدا، وصحح السقوط فى المسألتين، وقال: إن الخلاف فيهما يبتنى على قاعدة ذكرها فى الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذى استحق الشفعة به وإنما ذكر الإمام هذا لأنه حكى الخلاف فى الشفعة قولين، والأكثرون حكوهما وجهين، فالوجه أن تكون مسألة

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: معلل.

العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة.

والأصح فى المسائل الثلاث السقوط.

ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته فى الاحتمال المتقدم الذى لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت، وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجودا فى كلامهم، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف فى مسألة الكتاب وجهين إلا صاحب البحر فإنه قال: لو زال العيب سقط الرد، وقيل: فيه قولان منصوصان.

وكلام المصنف بإطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون فى مدة طلب الخصم والقاضى، والأمر كذلك بلا نزاع، وبه صرح الأصحاب، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده.

وقد يقال: الزائد[1] قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد[2] بعده، وكلام أبى سعيد الهروى فى الأشراف جازم بأنه لا يرد، لكنه أطلق فيما يوجد فى يد البائع، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الإمام بجريان الخلاف فيه، فبقى كلام المصنف - رحمه الله - على إطلاقه، ذكر الإمام ذلك فى كتاب التفليس.

فرع: اشترى شاة[3] سمينة فهزلت قبل القبض، ثم سمنت فردها، هل للمشترى الفسخ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سمينة فهزلت [ثم سمنت][4] ثم ردها.

هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثانى؟ إن قلنا: يتخير ولا يفسخ وإلا فله الفسخ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد.

أما على الوجه من الطريقة الأخرى فإنه ينفسخ، ولو قلنا: يتخير فيكون الترتيب هكذا إن قلنا: لا ينجبر الثمن الأول بالثانى فسخ، وإلا فوجهان.

**أصحهما**: لا.

---

(١) فى أ: الزائل.

(٢) فى أ: الزائل.

(٣) فى ط: جارية.

(٤) سقط فى ط.

**فرع**: لو زال العيب القديم قبل العلم به، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش، وعلى الوجه الآخر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم، وإليه صار ابن الرفعة، وجزم الرافعى بعدم الأرش، وذلك مستمر على جزمه فى هذا الباب بسقوط الخيار.

أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانهما هنا وسيأتى - إن شاء الله - الكلام فى زوال العيب [القديم][1] بعد أخذ أرشه فى آخر الفصل التالى لهذا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن قال البائع: أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة، يضر تركها بالأرض، فقال البائع: أنا أقلع [لك][2] ذلك فى مدة لا أجرة لمثلها - سقط حق المشترى من الرد؛ لأن ضرر العيب يزول من غير أضرار.**

**الشرح**: صورة المسألة أن يضر تركها، ولا يضر قلعها، وقد تقدم الكلام فيها فى باب بيع الأصول والثمار، وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت، ويسقط بقول البائع ذلك، والذى تقدم هناك وذكره الرافعى وغيره: أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشترى، والصواب ما قاله المصنف - رحمه الله - هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط.

وكلامهم هنا محمول على هذا، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلحه وأبيعها لا خيار للمشترى فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع، ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشترى وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك، فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك، وإطلاق المصنف والرافعى وغيرهما - أيضا - السقوط بقول البائع: أنا أقلع ينبغى أن يكون محمولا على ما إذا قلع، أما إذا اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب.

والعبارة المحررة ما ذكروه فى كتاب الإجارة ويقتضيه كلام الإمام هنا - أيضا -

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

أن الخيار ثابت إلا إذا بادر المكترى[١] إلى الإصلاح.

هذا إذا كان اشتمال الأرض على الحجارة المذكورة منقصا لها، وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك فى العيوب، فإن فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لا يعد اشتمال الأرض عليها عيبا صح إطلاقه أنه لا خيار ويلزم البائع بنقلها، ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول[٢] البائع: أنا أقلع أثر؛ لأنه يلزم به ولا خيار للمشترى قبله ولا بعده.

فالصواب ما يوافق عباراتهم فى الإجارة، فإن الخيار ثابت إلا إذا بادر البائع إلى القلع فى مدة لا أجرة لمثلها، وحينئذ تكون العلة أن ضرر العيب زال.

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا، وهو لم يقل به، ولا ينحى عن ذلك إلا أن يقال: إن بقاء الأحجار مع امتناع البائع من قلعها عيب، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد؛ إذ يقال: إن إشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم، وذلك عن بعض الأصحاب، فامتناع[٣] الحجارة مع امتناع البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض.

ولم يذهب أحد هنا إلى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع إلى القلع أخذا من أن وجود الأحجار فى الأرض عيب، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد، وفيه وجه كما تقدم.

وكأن الفرق ضعف الخيار ههنا، لكون البائع مسلطا على إسقاطه، أو لأنه زال قبل كمال القبض، وليس كالعيب الزائل بعد القبض، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للظلامة، بخلاف الزوال بنفسه.

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف - رحمه الله - وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفى الإجارة من سقوط الخيار، وبين ما تقدم من حكايته الوجهين فى زوال العيب قبل الرد، وادعى الأولوية فى طرد الوجهين هنا، وكذلك ابن الردى قال: أرى أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين، بل أولى لأنه إذا كان بعد رد العيب وجهان، فمع بقائه أولى، وما ذكرته جواب عنه، وليس

---

(١) فى أ: المكرى.
(٢) فى أ: لقول.
(٣) فى أ: فاستمرار.

المصنف مختصا بذلك.

وقوله: لا أجرة لمثلها، قيد لا بد منه ليتحقق عدم الإضرار، ولو كانت الحجارة يضر قلعها، أو قلعها وتركها، فقد تقدم الكلام فى ذلك فيما لا يضر فى باب بيع الأصول والثمار.

وقوله: مدفونة، يحترز عن المخلوقة، وقد تقدم حكمها.

ومن الواضحات أن فرض المسألة فى حالة جهل المشترى بالحجارة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن قال البائع: أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب - لم يجبر المشترى على قبوله؛ لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن، فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن.**

**وإن قال المشترى: أعطنى الأرش [لأمسك المبيع][1]لم يجبر البائع [على دفع الأرش][2]؛ لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن.**

الشرح: المسألتان واضحتان، والأصل أن كل من وجب له شىء ليس له المطالبة بغيره، ولا يجب عليه الانتقال إلى غيره، وخرج عن هذا القصاص إذا عفا عنه يجب المال، وإن كان الواجب القود عينا.

وعن أحمد أن للمشترى أخذ الأرش.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار ففيه وجهان:**

**أحدهما: يجوز - وهو قول أبى العباس - لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها[3]إلى المال، وهو إذا حدث عند المشترى عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضى، كالخيار فى القصاص.**

**والثانى: لا يجوز - وهو المذهب - لأنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة، فإن تراضيا على ذلك وقلنا: إنه لا يجوز فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان:**

**أحدهما: أنه يسقط؛ لأنه رضى بإمساك العين مع العيب.**

---

(١) فى أ: لأمسكه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: يسقط.

**والثانى: أنه لا يسقط وهو المذهب؛ لأنه رضى بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار».**

**الشرح**: الوجهان فى جواز التراضى على إسقاط الخيار إلى بدل، سواء أكان ذلك البدل جزءا من الثمن أم غيره، اتفقت الطرق على حكايتهما.

والجواب منسوب إلى أبى العباس بن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم، وبه قال أبو حنيفة ومالك، والمنع قال القاضى حسين: إنه المنصوص، وقال الإمام: إنه ظاهر النص والمصنف فى قوله: إنه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب: إنه ظاهر المذهب، والماوردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى وغيرهما وفيه نظر، فإنهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة، والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش فى مقابلة ما فات من المال، ويسقط إلى مال، كما قال المصنف - رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا فى خيار الشفعة والشرط، والمعنى الأول أحسن.

**وصورة المسألة**: إذا لم يكن مانع من الرد، ولا تأخر مسقط، إما بأن يجهلا فورية الخيار، أو يكون فى خيار المصراة على القول بامتداده، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعد إعراضا عن الرد.

ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين، خلافا لأبى إسحاق المروزى، وقد عرفت ما فيه.

قال القاضى حسين: وقال أبو إسحاق: ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى: حد القذف، وحق الشفعة، ومقاعد الأسواق، أجوز الصلح عنها، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وإنما يصح الاعتياض عما هو مال، فأما إذا كان حقا مجردا فلا. انتهى.

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها فى المسائل الثلاث للفرق المذكور.

ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى إسحاق إذا خالف فى المسائل الثلاث يخالف فى حق الرد بالعيب، فإنه لا فرق بينهما، أو الرد بالعيب أولى كما تقدم[1].

---

(١) فى أ: قدمت.

واكتفوا بنسبة الخلاف هنا إلى ابن سريج.

وإنما قلت: إن المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث، لما أشار إليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال فى حال، ولا كذلك الحقوق الثلاثة، ولأن الأرش مأخوذ فى مقابلة حال نائب ولا جرم.

قال القاضى أبو الطيب هنا: إنه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولا واحدا، ولم يحك خلاف أبى إسحاق مع حكايته للخلاف هنا.

وهو مقتضى كلام المصنف - رحمه الله تعالى - هنا، فإنه جعل الشفعة أصلا مقيسا.

وقول المصنف فى تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل فى الأصل، وهو خيار الشرط والشفعة فإن فيهما فسخ [بيع][1] وإبطال حق المشترى للتنقص؛ لكن هذا القياس لا يكفى بدون إلغاء الفرق المتقدم.

والأصحاب يقولون: [إن الأرش][2] جزء من الثمن فى مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج، فإنه ليس فى مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد.

التفريع وهو مذكور فى الكتاب.

إن قلنا: بالصحيح، وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك، فإن كان المشترى عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعا، وإن ظن صحتها، وعليه يحمل كلام المصنف فوجهان حكاهما الإمام عن نقل العراقيين، وتعليلهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والقاضى حسين والبغوى والرافعى.

ومن التفريع - أيضا - أنا إن قلنا بجواز[3] المصالحة سقط الخيار، ويثبت[4] الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع، وإلا فلا، فإن كان أخذه وجب عليه رده، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة، قاله البغوى، ولا فرق فى جواز المصالحة بين أن يكون الثمن

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الأرض.
(٣) فى أ: تجوز.
(٤) فى أ: وثبت.

ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا، قاله الجورى.

**فائدة:** الأرش فى اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة، وأرش الجراحة ديتها، وذلك لما يكون فيه من المنازعة، وأرشت الجرب والنار إذا أرثتهما، والنار من بين القوم الإفساد بينهم، وأما فى الشرع فقال بعضهم: هو عبارة عن الشىء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفائت وقال الرافعى: هو جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة.

**فرع**: لنا صورة يرضى المشترى فيها بالعيب، ولا يكون له مانع من الرد إذا اطلع على ذلك فى مرض موته، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين، وسنذكره عند الكلام فى الأرش.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز؛ لأن على البائع ضررا فى تبعيض الصفقة عليه، فلم يجز من غير رضاه، وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد؟ فيه قولان:**

**أحدهما لا يجوز؛ لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه.**

**والثانى: يجوز لأن العيب اختص بأحدهما، فجاز أن يفرده بالرد، وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك فى الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما فى صفقتين».**

**الشرح**: هذه ثلاث مسائل:

**الأولى**: إذا كان المبيع عينا واحدة فى صفقة واحدة، فإن كانت باقية فى ملك المشترى فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين أحدهما تفريق الصفقة. والثانى: أن الشركة عيب، فإذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب، والمنع فى هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف، وصرح القاضى حسين أنه لا خلاف فيه.

قال الإمام: ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضى حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف، ومع ذلك غلطه، وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور.

وقال الماوردى: إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته،

والتوقف حتى ينظر ما يئول إليه حاله.

وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على، وحكاه القاضى حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه، ولم يطرد الماوردى هذا فى حال بقاء الجميع فى ملكه، بل جزم بالمنع.

فإن قلنا: بجواز الرد فذاك، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف.

قال الإمام: إذ لو قلنا: يسترجع الجميع وباقى المبيع فى يده فكان مضيا إلى إثبات شىء من المبيع فى يد المشترى من غير مقابل، وأورد ابن الرفعة أنه: لم لا يقال يبقى الباقى بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع، كما قاله القاضى حسين فيما إذا أبرئ من الثمن، قلت: فالقاضى حسين وافق الإمام على ما قال، وعلل بعدم الفائدة فى الرد لو قلنا: يمسك الجميع، والله أعلم.

وإن قلنا بالصحيح المشهور الذى جزم به المصنف: أنه لا يجوز له الرد ففى حالة بقائه كله فى ملكه لا أرش له؛ لأنه متمكن من رد الجميع، وفى حالة خروجه عن ملكه إن كان بالمبيع؛ فقد حكى الماوردى عنه فى وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما إذا باع الجميع.

**أصحهما**: الوجوب، وسنذكرهما فى كلام المصنف فى بيع الجميع بعد ثلاثة فصول إن شاء الله تعالى، وفيما إذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش، وبالعتق لا يمكن؛ لأنه يسرى إلى الباقى وبالهبة على ما سنذكره فى كلام المصنف فى خروج الجميع، فإن على القول بامتناع الرد فى النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام فى الأرش كالكلام فى تعذر الرد فى الجميع، حرفا بحرف، والصحيح فيما إذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لا رد ولا أرش.

قال الشافعى - رحمه الله - فى المختصر: ولو كان باعها أو بعضها ثم ردها عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع بشىء، ولا من قيمته من العيب وقال فى الأم فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب: وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة، فباع نصفها من رجل، ثم ظهر منها على عيب، دسه له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع، ولا يرجع عليه بشىء من نقص العيب من أصل الثمن، وذكر الشافعى - رحمه الله - كلاما أكثر من ذلك

سأذكره عند بيع الجميع، فإن فيه إشارة إلى أن العلة كونه لم يأنس من الرد، وهناك أذكره إن شاء الله تعالى.

وكلام المصنف - رحمه الله - يقتضى أنه إذا رضى البائع جاز، ولنا فى إفراد إحدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان.

**أصحهما**: الجواز، فليكن ما اقتضاه كلام المصنف - رحمه الله - جاريا على الأصح وإذا قلنا بذلك، فلو بذل المشترى أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه؟ يحتمل أن يأتى فيه الخلاف فيما إذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب، وطلب الآخر الإمساك وغرامة الأرش، فإن قلنا: يجاب المشترى أجبناه وأجبرنا البائع، ومن ذلك يأتى فى المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد إلا برضاء البائع.

**والثانى**: الامتناع مطلقا.

**والثالث**: الجواز مع أرش التبعيض.

**والرابع**: من غير أرش، وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردى، والوجهان بعيدان والأكثرون على القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم، والخلاف فى جواز التبعيض، ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلى، ولا شك أن ما ذكروه يظهر فى المتقوم للمعنيين المذكورين.

أما المثلى فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فأراد رد بعضها، قال صاحب التتمة: إن قلنا فى العبدين يجوز فههنا كذلك وإلا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدى إلى تجهيل الثمن، قلت: وينبغى بناؤهما على خلاف سيأتى أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة إن قلنا بالأول جاز؛ لأنه لا ضرر وإن قلنا بالثانى فالصفقة ههنا متحدة، فينبنى على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا؟ فعلى الأول يجوز، وعلى الثانى يمتنع، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه.

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها فى البويطى فى آخر باب الصرف، وقال: ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا، وإن كان مما يكال ويوزن فهو مخير إن شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقى، وهذا صريح فى الجواز، ودال على أن المراعى الضرر، ولو باع المشترى

للمشترى بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيبا.

قال القاضى حسين: فالمذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعيض الملك على البائع وقيل: لا يرده.

**قلت**: وينبغى بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة إن قلنا بالأول فله الرد وإن قلنا بالثانى فتخرج على التفريق كما تقدم، وسيأتى حكمه فى كلام المصنف فى بقية هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

**فرع**: لو مات المشترى فى هذه الصورة وخلف وارثين، فهل لأحدهما رد نصيبه؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أحدها**: ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة، وهو قول ابن الحداد، والأصح عند الرافعى، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه فعلى هذا هل يجب له الأرش؟ فيه ثلاثة أوجه ثالثها: إن أيس على الرد رجع وإلا فلا، وهو الأصح عند القاضى حسين، وقد ذكر الرافعى هذه المسألة عند ما إذا اشترى وكيل عن رجلين، وسأذكر ما قاله هناك إن شاء الله تعالى.

**والثانى**: يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله، حكاه الرافعى.

**والثالث**: أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش [ولا يخير][1] الذى يريد الرد على إسقاط حقه، قاله الماوردى، وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد فى شرح المولدات.

**المسألة الثانية**: إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور:

**إحداها**: ما ذكره المصنف أن يجد العيب بإحداهما، وهما باقيان فى يده فهل له إفراد المعيبة بالرد؟ فيه قولان.

أظهرهما: عند الماوردى والرافعى، وقال القاضى أبو الطيب والرويانى: إنه ظاهر المذهب، وقطع به الشيخ أبو حامد، وهو المنصوص عليه فى الأم فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب: إنه ليس له ذلك، بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام، أو يختلف كالعبدين والثوبين، هكذا ذكره، وقد تقدم عن

---

(١) فى ط : ويخير.

مختصر البويطى أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض، ومقتضى ذلك أن يجوز إفراد أحد الكرين بالرد.

والقول الثانى: الجواز، واختاره الرويانى فى الحلية، والقولان عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالى والرويانى وغيرهم مبنيان على تفريق الصفقة إن قلنا يفرق جاز، وإلا لم يجز، لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعى أن يكون قول التجويز أظهر، وأشار إلى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة، ولا ضرورة إلى تفريقها فلا يفرق؛ يعنى وليس كما إذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين، وتلف أحدهما قبل القبض فإن التفريق هناك ليس اختياريا، وحاول ابن الرفعة إثبات قول يمنع إفراد المعيب بالرد.

وإن قلنا: يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعى فى الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فلم يجز من غير رضاه، وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة إذا رضى، فالراجح ألا يجهل[1]، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين، بأن يقال: إن منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا، وإلا فقولان، والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء، فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف، فإنه علل قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما، وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الإفراد مع القول بجواز تفريق الصفقة. فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولا بالمنع.

وإن جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز، ومنعنا تفريق الصفقة، قلت: تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه؛ لأنه على ذلك القول يستحيل شرعا.

وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف - رحمه الله - يفرعان على منعه، بمعنى أن المشترى ممنوع منه.

وعلى تجويز التفريق القهرى فإن أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة، وإن أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب، فلا بناء، وهما القولان

---

(١) فى أ: يجعل.

بعينهما.

وعلة المصنف تقتضى عدم جريانهما فيما إذا كان المعيب فيهما، وسأتعرض لذلك فى بقية الكلام إن شاء الله تعالى.

ثم إن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره، فهو يرد التخريج على تفريق الصفقة، والقول بالجواز مبنيا عليها إلا أن يكون لنا نص فى موضع آخر على الجواز، فى خصوص مسألة إفراد المعيب، ولم أقف عليه، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذى يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر، وقد يحتمل ذلك فى شقصى دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه، قاله صاحب التلخيص.

قال الرافعى: والقولان مفروضان فى العبدين، وفى كل شىء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر، فأما فى زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الإفراد بحال، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه.

**قلت**: وجعله صاحب التتمة مرتبا، إن قلنا هناك لا يجوز فههنا وجهان، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين إليه إذا غصب فرد خف قيمة الزوج عشرة فتلف فى يده ورجع قيمة الآخر إلى درهمين، هل يضمن خمسة أو ثمانية.

إن قلنا: خمسة جاز له إفراد أحدهما بالرد، وإن قلنا ثمانية فلا.

وإذا قلنا بالصحيح وأنه لا يجوز الإفراد، فقال المشترى: رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما؟ فيه وجهان.

**أصحهما**: لا بل هو لغو ولو رضى البائع بإفراده جاز على الأصح.

هكذا أطلق الرافعى الخلاف، وينبغى إذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعا؛ لأنه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضى، أما إذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع، وإن رضى، ولذلك قال الغزالى: إنه أقيس الوجهين فيما إذا رضى المنع.

قال: لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى، وما ذكره الغزالى من أنه الأقيس جار على ما قرره[1] من البناء على تفريق الصفقة، وقد تقدم أن الراجح

---

(١) فى أ: قدره.

عدم البناء، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتبا، فكذلك الأصح الجواز إذا رضى، وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح.

والمشكل طريقة الماوردى فإنه قطع بالجواز إذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة، ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الإفراد؛ جاز.

قال الإمام: لم يختلف العلماء فيه، وعلى القول الآخر المجوز للإفراد: الأصح: الجواز، وفيه وجه حكاه الإمام والغزالى فى الوسيط أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين، وضعفه الرافعى وحكى ابن يونس أن الغزالى قال: إذا قلنا لا يرد يطالب بالأرش، وتعتبر القيمة يوم العقد، واعترض الناس عليه بأنه ليس فى الوسيط إلا فيما إذا تلف أحد العبدين والأرش يتعين فى مسألة التلف بخلاف هذه المسألة إذ يمكن.

**قلت**: وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس، نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول: إنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين يقول: إنه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرش، لكنه ينفيه قول الإمام فيما إذا منعنا الإفراد: إنه لم يختلف العلماء فى جواز رد الجميع، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرش لإمكان الرد، ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز.

وقال ابن الرفعة: إنه لا خلاف فيه؛ لأنه إنما يجوز تبعا، وقد فقدت التبعية، والله أعلم.

وإذا جوزنا الإفراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف، وقد تقدم من الإمام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة.

**فرع**: قال أبو حنيفة - رضى الله عنه - بالجواز فيما بعد القبض، ووافق فيما قبله.

واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما، وانفرد أحدهما بسبب الخيار، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث[1] ونقض أصحابنا

(١) فى أ: الثلث.

عليه ذلك بما قبل القبض، أو وجد العيب فيهما، أو كانا مصراعى باب وزوجى خف، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه.

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعيض لما شرط، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له فى الأصل؛ لأنه يجوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده، فهذا الكلام فى ظهور العيب بإحدى العينين وهما باقيتان، وهى مسألة الكتاب، على أن إطلاق كلام المصنف - رحمه الله - يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها.

وهى إذا كان السليم تالفا، فإن كان الأول وهو الظاهر، فالأظهر من قولى الكتاب الأول، وهو أنه لا يجوز الإفراد وإن كان الباقى [فالأظهر فى](1) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما [سيأتى](2) ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وحكاية القولين فى الصورتين أن القاضى فى حكاية القولين بين ما إذا كان العيب فى أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب [الذى] سنذكره.

**الصورة الثانية**: وجد العيب بهما جميعا، وهما باقيان فله ردهما قطعا، وفى إفراد أحدهما بالرد القولان السابقان، هكذا قال القاضى حسين والإمام والرافعى وغيرهم.

وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع فى هذه الصورة، وإن كان ساكتا عن التصريح بها، ولا شك أن الشيخ أبا حامد - رحمه الله - يقطع هذا بطريق الأولى، وإنما النزاع فى جريان الخلاف عند غيره.

وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الإفصاح: أنه لا يجوز إفراد أحدهما بالرد إجماعا كالطعام الواحد.

**قلت**: وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعى - رحمه الله - تقدم فى المكيل

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين، فأولى بالجواز لتعذر ردهما، فمن جوز هناك [فيما إذا كان العيب بأحدهما على ما حكاه الجمهور؛ أما إذا كان فيها على ما حكاه الرافعى ههنا فهاهنا][١] أولى، ومن منع هناك إما قطعا كالشيخ أبى حامد [أو على الأظهر من القولين عند غيره فقد اختلفوا ههنا وخرج الشيخ أبو حامد][٢] وغيره حكاية القولين، وبنوهما على تفريق الصفقة، إن قلنا: يفرق جاز وإلا فلا، والبناء هنا ظاهر، والمراد بالتفريق المبنى على التفريق القهرى إن منعناه امتنع هنا، وإن جوزناه جاز لوجود الضرورة، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر، والرافعى - رحمه الله - اقتصر فى باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف [على الخلاف][٣]، وأولوا به الجواز، وليس فى ذلك بيان الأصح.

وأعاد المسألة فى باب الرد بالعيب، ولم يتعرض لحكم رد الباقى هل يجوز أو لا، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز، لكن النص الذى سنذكره عن البويطى والنص الذى سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه، وهو ما يقتضى كلام الماوردى أنه الأصح، ولعل الأصح عند الماوردى امتناع تفريق الصفقة، والمراد بالتلف إما حسا وإما شرعا، فإن جوزنا الإفراد رد الباقى، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف، وقد تقدم تعليله عن الإمام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط[٤] المسمى على القيمتين.

فلو اختلفا فى قيمة التالف فادعى المشترى ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر فى باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه؛ [إما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به][٥].

وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعى إلى نصه فى اختلاف العراقيين.

**والثانى**: أن القول قول المشترى لأنه تلف فى يده فأشبه الغاصب مع المالك إذا

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: ويقسط.
(٥) فى أ: لأن اليمين ملكه فلا يسترد منه إلا ما اعترف به.

اختلفا فى القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل إهلاك[١]فى يده، وهذا القول فى اختلاف العراقيين - أيضا - وقد رأيتهما فيه.

ولكن هل هما تفريع على جواز الإفراد أو على منعه؟ فيه نظر سأنبه عليه فى آخر الكلام.

والاعتماد فى حكايتهما هنا على نقل الأئمة.

وقد اقتصر الرافعى - رحمه الله - وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن، ولم يتعرضوا لشىء آخر.

ولا شك أن التالف إذا كان معيبا - أيضا - يجب الأرش عليه[٢]لتعذر رده، كما يجب الأرش إذا تلف المبيع كله وتبين عيبه، وإنما سكتوا عن ذلك إحالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان.

وإن لم يجز الإفراد فقولان فيما حكاه القاضى حسين وطائفة ووجهان فيما حكاه آخرون واقتضى إيراد الرافعى والنووى ترجيحه:

**أصحهما**: عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما لا، فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد.

وهذا هو الذى نقله الربيع فى مختصر البويطى، فعلى هذا إن اختلفا فى قيمة التالف عاد القولان لأنه فى الصورتين يرد بعض الثمن، إلا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقى، وعلى هذا القول يرد أرش العيب، وهل النظر فى قيمة التالف [فى الصورتين][٣]إلى يوم العقد أو يوم القبض؟ فيه الخلاف الذى فى اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم، وسيأتى إن شاء الله تعالى والأصح منه اعتبار أقل القيمتين.

**والوجه الثانى**: أنه يضم قيمة التالف إلى الباقى ويردهما ويفسخ العقد.

قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب، واحتج له بأن النبى ﷺ أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك.

---

(١) فى أ: الهلاك.
(٢) فى أ: عنه.
(٣) سقط فى أ.

**قلت**: ولم أر ذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب، بل الذى فيها أنا إذا قلنا لا يرد رجع بالأرش كما تقدم عنه، ولم يحك فيه خلافا، وأنا إن قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن.

قال: وقال بعض أهل خراسان: العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقى وقيمة التالف، ويسترجع كما فى المصراة، قال القاضى أبو الطيب: وهذا خطأ، ويخالف نص الشافعى؛ لأنه نص على ذلك فى اختلاف العراقيين، وقال: يرجع إلى حصته من الثمن، ثم فرع عليه، وذكر الاختلاف، فالعجب من الرافعى - رحمه الله - إلا أن يكون القاضى أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد، وحكاه الإمام وغيره وجعله الغزالى والرافعى - رحمهما الله - مفرعا على قول المنع كما تقدم.

ولا تنافى بينه وبين ما فعله أبو الطيب، فإن أبا الطيب يقول: إن قلنا لا يرده أى أصلا يرجع بالأرش وإن قلنا يرده فهل يفرده؟ أو يضم معه قيمة التالف؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون: إن قلنا يفرده استرد القسط، وإلا فهل يمتنع عليه الرد، أو يضم معه قيمة التالف؟ فيه وجهان فالكلامان راجعان إلى معنى واحد، وإنما النزاع فى نسبة الرافعى القول المذكور إلى اختيار أبى الطيب ووافق الرافعى على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين فى ذلك، أعنى فى ضم قيمة التالف إلى الموجود كما حكاهما الإمام وغيره، ولم أر ذلك فى الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذى عرض للرافعى وتبعه هو عليه فى النقل عن أبى الطيب.

قال ابن الصباغ قال: حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال: وهذا هو السنة لحديث المصراة.

فلعل الرافعى طالع ذلك وظن أن الضمير فى قال لأبى الطيب وإنما هو لبعض أهل خراسان يبينه ما فى تعليق أبى الطيب، وقد تقدم الرافعى فى ذلك العمرانى فنقل المسألة فى الزوائد من الشامل، وزاد فقال: وقال القاضى: هذا هو السنة.

قال ابن الصباغ: وهذا ليس بصحيح أنه هو القاضى، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له.

وبالجملة فالقول منصوص عليه فى البويطى لأن فى مختصر البويطى: ولو

اشترى ثوبين فى صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب الآخر(١) عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف، ويرجع بأصل الثمن الذى أعطاه، فإن اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى، وهو يريد إسقاط الشىء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه.

قال الربيع: وله قول آخر: إذا اشترى شيئين فى صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب الآخر(٢) عيبا لم يكن له إلى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشىء كما أخذه، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس له أن ينقص عليه ما اشترى منه، ويرجع عليه بقيمة العيب الذى وجده فى الثوب الباقى، فهذا الكلام الذى فى مختصر البويطى يقتضى إثبات قولين:

**أحدهما**: يضم قيمة التالف إلى الباقى ويردهما.

**والثانى**: يمتنع الرد ويرجع بالأرش، وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الإفراد، فهما متعاضدان فى منع الإفراد كما قدمت لك أولا.

وقد تأملت نصه فى اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا فى الرد واسترجاع القسط.

وإنما قال: إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما فى يده ووجد بالثانى عيبا واختلفا فى ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى، والمشترى إن أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن، ولا نعطيه بقوله الزيادة.

قال الربيع: وفيه قول آخر أن القول قول المشترى من قبل أنه المأخوذ منه الثمن.

قال الشافعى - رحمه الله -: إذا اشترى شيئين فى صفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس إلى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراهما صفقة، فليس له أن ينقضها.

**قلت**: وهذا هو معنى ما فى البويطى وليس فيه زيادة عليه إلا القول الآخر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشترى وآخر كلامه المذكور صريح فى عدم الرد، وأول

---

(١) فى ط: بالآخر.
(٢) فى ط: بالآخر.

كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب، وما قاله فى مختصر البويطى، وإنما احتجت إلى ذلك لقول القاضى أبى الطيب إنه قال: يرجع إلى حصته من الثمن، وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق، والقاضى أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح فى التفريق، فلعل له فى اختلاف العراقيين نصا آخر، وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين:

**أحدهما**: أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب، ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق، ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر، بل إنما قال: إذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فإذا نقل عن الشافعى - رحمه الله - أنه قال: مع الرد يسترجع القسط؛ يكون ذلك ردا على من يقول: لا يسترجع القسط، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا.

**والوجه الثانى من اعتراض ابن الرفعة على أبى الطيب**: أن اختلاف العراقيين قيل: إنه من القديم، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع عن الشافعى - رضى الله عنه - وإن فرعنا على هذا الوجه وأنه يضم قيمة التالف إلى الباقى ويردها فاختلفا فى قيمة التالف فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه حصل التلف فى يده وهو الغارم، وبه جزم القاضى حسين مع حكاية القولين فى الصورتين الأوليين، قال: وكل موضع كان الغارم هو المشترى فالقول قوله، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين، وفى التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشترى يريد إزالة يده عن الثمن المملوك له وذكر فى الروضة أنه شاذ.

**قلت**: فى مختصر البويطى بعد أن قال: إنه يرد القائم وقيمة التالف، قال: فإن اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى، وهو يريد إسقاط الشىء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعواه، وهذا يدل على الوجه الذى قاله فى التتمة بل هو هو، والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح.

أشار إليه الإمام فى باب التخالف.

**فرع**: إذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقى قطعا، ويرجع بأرش التالف.

فرع: لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الرافعى بين ذلك وبين ما إذا كان أحدهما تالفا، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا - أيضا - بامتناع الرد؛ لأنه لم يحصل اليأس من الرد، وقد تقدم فيما إذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع الرد وضعفوا الطريقة المخرجة على القولين فيه وذلك أن الصحيح فيما إذا باع أحدهما امتناع][1] رد الباقى فاشتركت صورة التلف وصورة البيع فى الترتيب، على ما إذا كانا باقيين كما قال الرافعى - رحمه الله - لكن الصحيح فى الأولى الجواز، وفى الثانية المنع، وهذا الذى ذكرناه إذا باع أحدهما وكانا معيبين أو باع الصحيح، وبقى المعيب.

أما لو باع المعيب وبقى الصحيح فلا يرد الباقى - الآن - قطعا، والكلام فى الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح فى ذلك يتوقف على تحقيق العلة فيما إذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره؟ وسيأتى - إن شاء الله - ذلك بعد ثلاثة فصول.

[فرع: استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الإفراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما، قال: ينظر، فإن كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب؛ لم يرجع بنقصان العيب، وإن كان معيبا ففى هذا الموجود قولان:

**أحدهما**: يرجع بنقصان العيب، والآخر ليس له الرجوع.

**قلت**: لعل مراده إن كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشترى ولم يدلس فيه على المشترى الثانى لشىء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيع إليه، ويردهما معا، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد، وهو يجىء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى إسحاق وإن كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرش العيب فى الثانى قولان، كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة][2].

فرع: بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع، ولكنها مراتب ففى العبدين إذا كان أحدهما تالفا، الجواز قوى جدا ودونه إذا كان أحدهما معيبا، والخلاف فيه قوى أيضا، وإن كان الأصح فيهما المنع، ودونه إذا كانا باقيين فى ملكه، والعيب

---

(١) سقط فى ط.

(٢) هذا الفرع سقط من أ.

بأحدهما ودونه إذا كانا باقيين، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد إذا باع بعضه، ودونه فى العبد إذا كان كله باقيا فى ملكه، فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح إلا فى الأولى.

**فرع:** حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه، قال صاحب التلخيص: وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث، فيصير كما لو لم يكن نقص.

**فائدة:** أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدين باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قبل[١] باعتبار قيمتهما [إلى][٢] سليمين، ولا يتأتى غير ذلك إذا كان المشترى جاهلا بالعيب، فإنه إنما بذل الثمن على ظن السلامة، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك إلى خبط وفساد دل عليه الامتحان، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل: «منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل.

ومنها فى المرابحة إذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة، ويجبر بالعيب الذى ظهر له، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب.

ومنها مسألة تقدمت فى الربا فى الصرف، إذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطلان؛ لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجوة، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله فى ذلك الباب، وانتدبت له مأخذا بعيدا، وبهذه الفائدة هنا يترجح، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه، ويقوى على [أى طالب][٣] لأن الفساد فى قاعدة مد عجوة من جهة التوزيع، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة إذا وزع باعتبار السلامة، وإنما يقتضى إذا وزع عليها باعتبار العيب.

ومنها فى تفريق الصفقة فى الدوام إذا تلف أحد المبيعين قبل القبض.

ومنها فى غير ذلك، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة، وهى قاعدة مهمة يجب

---

(١) فى أ: قيد.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: أبى الطيب.

الاعتناء بها وملاحظتها فى مسائل كثيرة فى أبواب متعددة.

فرع: لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد؛ لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا، وإنما صح الفسخ فى التالف تبعا، قاله القاضى حسين، وإنما ذكرته وإن كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد [على المعيب](1) فى الصفقة التى شملته، وليس لتكلف المبيع جملة؛ إذ [لا مورد](2) أصلا، فلذلك نبهت عليه.

المسألة الثالثة من مسائل الكتاب: إذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما إمساك حصته والآخر رد حصته؛ جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه فى كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة، وبه قال أحمد ومالك فى رواية، وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى ومنه أخذت الصفقة تتعدد بتعدد المشترى، وهو الأصح، ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجازا كالمشترى الواحد.

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - فى المختصر: ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك فذلك لهما؛ لأن المعهود فى شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشترى النصف بنصف الثمن. انتهى.

**والقول الثانى**: ويحكى عن رواية أبى ثور عن القديم وقال أبو داود: إنه مرجوع عنه.

وبه قال أبو حنيفة إنه ليس له الانفراد بالرد؛ لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً والآن يعود إليه بعضه، وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا: خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة.

ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشترى متحدة على ما قاله الإمام، لكن الصحيح المشهور الذى جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة، وبذلك منعوا من قال: خرج عن ملكه صفقة.

ومنعوا - أيضا - من قال: خرج مجتمعا [بما](3) أشار [إليه](4) المصنف - رحمه الله - فى استدلاله من قوله: إن البائع فرق الملك فى الإيجاب، أى فلم يخرج مجتمعا.

---

(١) فى أ: عليه بالعيب.
(٢) فى أ: لا مردود.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

وأما من قال: [كلامك إن][١]أريد بصفة الكمال فهى معنى [مجتمعًا][٢]، وإن أريد التأكيد فلا يفيد.

ومن هنا نعلم أن المصنف - رحمه الله - جازم بأن الصفقة متعددة.

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد، بما لو قال: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، وبما إذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد إجبار البائع على تسليم نصف العبد، وبأن الشركة عيب.

وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا فى المسألة وجهين:

**أحدهما**: يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب [هنا][٣]وجماعة من العراقيين، وإنه يلزم البيع فى حقه سواء أقبل قبل صاحبه أو رده، وقيل إن للشافعى - رحمه الله - نصا فى الخلع يشهد له وقال الإمام: إنه الأظهر فى القياس، ورجحه الرويانى فى الحلية.

**والثانى**: وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعى، وهو الأظهر فى النقل على ما قاله الإمام لا يصح وإن قلنا بالتعدد فإن صيغة إيجاب البائع تقتضى جوابهما، فكأنها مشروطة بأن يجيباه معا، فليس ذلك من حكم العقد، وإنما هو من مقتضى اللفظ عرفا، وفى هذا نظر من جهة أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد.

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى.

وعن الثالث بأن البائع هو الذى شرط بينهما، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشترى، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف - رحمه الله - أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك، وإن كان الكل صحيحا.

وقوله كما لو باع منهما فى صفقتين، أى متعددتين لفظا، فإن هذه متعددة حكما لا لفظا.

وقال القاضى حسين: الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه، أو عاد إلى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كى يسقط

(١) فى أ: كاملاً فإن.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

على[1]كلامهم أن الشركة عيب، ووافق أبو حنيفة - رحمه الله - على أنه إذا اشترى رجلان شقصا من واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة.

وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور.

وقال أبو المظفر بن السمعانى: إن هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى؛ لأن قوله: بعت منكما فى جانبه كلمة واحدة، نعم فى جانب المشترى هى بمنزلة عقدين، ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشترى؛ لجاز ذلك لتعدد الجميع، والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة، لكن يجوز لأحدهما أن يرد؛ لأن الخيار ثابت لهما، وهو حق مشروع فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدى إلى تفويت وإسقاط بعدم مساعدة الآخر له.

وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التى كانت بين المشتريين قد زالت، والتى وجدت بين البائع والمشترى إنما وجدت [بعدم][2]الرد، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع، ثم الشركة تثبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذى هو معلول الرد سابقا لعلته، وما قاله أولا لا يمكن تمشيته، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشترى العين الواحدة مستقل بالرد، وليس كذلك لما[3]سيأتى إن شاء الله تعالى وما قاله ثانيا وإن كان محتملا فيمكن الانفصال عنه.

وقد ظهر لك بما تقدم أنا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد وإن قلنا بالتعدد فقولان:

**أحدهما**: المنع لضرر التبعيض، هذا إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا فى الانفراد فأحرزنا، فمن ضرورته تجويز التفريق، وإن منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعيض؟ وإن كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم، والأصح من الوجهين الثانى لما سيأتى من كلام البويطى.

**التفريع على هذين القولين**: إن جوزنا الانفراد، فانفرد أحدهما فتبطل الشركة

(١) فى أ: جل.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: كما.

بينهما، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد، حكى القاضى الماوردى فيه وجهين، قال الرافعى: أصحهما أولهما، قلت والوجه الثانى بعيد جدا، وكيف يقال إن نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا، وكيف يقال إن نصف الثمن الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا؟ ووجهه الماوردى بأنه لم يكن بينهما قسمة، وهذا توجيه ضعيف؛ لأن ذلك [إنما][1]يكون فى المعين لا فى المشاع، فإن النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعا، وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثمن مشتركا بينهما، وهذا الحمل قد يقال: إنه يصح معه الاشتراك فى المسترد من الثمن، أما بقاء الشركة فى نصف العبد الباقى فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة فى المسترد من الثمن - أيضا - لأن الثمن الذى كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه فى نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما، وليس للممسك فيها حظ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك فى شىء منه، فلا وجه لهذا الوجه أصلا.

نعم: قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ فى جواز رد بعض العين الواحدة، فعلى ذلك إذا قال الراد: رددت النصف ولم يعين أنه نصفه، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الإشاعة كما هو فى العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد فى نصف نصيبه، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد فى نصيب شريكه، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه، ويسترد الراد ربع الثمن، وبالجملة فهذا الوجه إلى الغلط أقرب، ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعيض إلى ما يرد؛ لأن البائع الذى أضر بنفسه، قاله الإمام.

وإن منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعيض، أما ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة، فعلى الأول يجوز وعلى الثانى يمتنع وهو الذى جزم به القاضى حسين، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعى والإمام،

---

(١) سقط فى ط.

وقد تقدم عن نصه فى البويطى جواز ذلك فى المشترى الواحد، ففى المشتريين أولى، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه، وجعل: إن اشترى اثنان عبدا، ولفظ مختصر المزنى شاهد له، ونقله بعضهم عن المختصر: سلعة مكان جارية، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة، ويكون كلام البويطى الذى حكيته مفيدا لذلك.

وهذا إذا لم يقتسماه، فإن اقتسماه فكذلك عند الإمام، وفيه فرض المسألة وبناه القاضى حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف فى القسمة إن قلنا: إفراز [فكما قبل القسمة](1) وإن قلنا: بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه.

هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضى، ولم أره فى تعليقه هكذا، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع(2) ثم وجد عيبا قديما إن قلنا القسمة إفراز؛ له الرد وإلا فلا، كما لو باع بعض المبيع، قال: وفيه نظر، قلت: أما البناء على أن القسمة إفراز أو بيع فمتجه متعين.

وأما منع الرد إذا قلنا: إنها بيع فيما إذا قاسم البائع فمشكل على القاضى حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما إذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغى أن يكون هنا، الصحيح الرد على البائع إذا قاسمه على القولين، وذكر القاضى فى الفتاوى إذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال إن قلنا القسمة إفراز له الرد وإن قلنا بيع فهو باع نصف ما فى يده بنصف ما فى يد شريكه.

فيرد النصف الذى يملك من الشريك عليه، فإذا رد يعود إليه النصف الذى يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب، وإلا يبطل حقه؛ لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك، قال: وعلى هذا لو اشترى عبدا بدراهم، وباعه بثوب، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم، فإن كان قد علم به وهو فى يد المشترى الثانى له أن يرد؛ لأنه قصد رد الثوب، والعبد عاد لا باختياره، وفيه وجه أنه لا يرد؛ لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا.

**قلت**: هكذا قال القاضى، وهو على رأيه الذى سنذكره فيما إذا باع المعيب(3) ثم

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: البائع.
(٣) فى أ: المبيع.

اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول، والصحيح خلافه، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش.

قال الإمام: إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش، وإن لم يحصل نظر إن رضى صاحبه بالعيب فيبنى على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن، هل يجبر على قبوله كما فى مسألة النعل، وفيه وجهان إن قلنا لا، أخذ الأرش وإن قلنا نعم، فكذلك فى أصح الوجهين؛ لأنه توقع بعيد، وإن كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففى الأرش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة.

وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف.

منها إذا تعدد البائع، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين، قاله القاضى حسين وغيره، فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعا، ووافقه أبو حنيفة - رحمه الله - فيه، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما؟ فيه وجهان:

**أحدهما**: نعم للتعدد.

**والثانى**: لا، للضرورة.

قاله أبو حنيفة - رحمه الله - وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما إذا تعدد المشترى.

قال القاضى حسين: فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهبه فى الرد بالعيب.

ومنها: إذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود.

وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك، فله أن يرد نصيب أحد البائعين.

وكذلك لصاحبه، قاله القاضى حسين وغيره.

ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة؛ لأن حكمها حكم العقود التسعة، قاله الماوردى.

ومنها إذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبدين على كل واحد من البائعين، وهل له رد الربع

من أحدهما على أحد البائعين؟ على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد.

هكذا قال القاضى حسين.

وقال - أيضا - فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه: هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين؟ على القولين.

هكذا رأيته فى النسخة، وكأنها غلط، والصواب أن يقال على البائعين [إسقاط أحدهما[1]] فإن كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما، والتحقيق فى ذلك أن يقال: لهما رد العبدين على البائعين قطعا، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين، أو ربعهما على أحد البائعين؟ فيه الخلاف فيما إذا اشترى اثنان من واحد، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على قولى التفريق فيما إذا اشترى عبدين من واحد، هذا إذا كان كل من العبدين مشاعا بين البائعين.

ومنها: إذا كان أحد العبدين لهذا، والآخر لذاك، وجمعا بينهما فى الصفقة وجوزناه على أحد القولين، فهل له رد أحد العبدين بالعيب إن جوزناه فيما إذا كانا لواحد فههنا أولى وإلا فوجهان، والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته، قاله القاضى حسين، وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد البائعين، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد.

ومنها: إذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما، فله أن يرد على أحدهما نصفى العبدين، وليس له أن يرد نصفى العبدين عليهما، ولو أراد رد نصف أحد العبدين على أحدهما فعلى قولين.

ولو أراد رد ربع العبدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال. قاله القاضى حسين.

قال: والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان.

ومنها اشترى اثنان عبدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم أنهما [لهما رد] رد العبدين قطعا ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح كأحد المشتريين الواحد، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح كأحد العبدين مع المشترى الواحد،

---

(١) فى أ: بإسقاط أحد.

ولم أرها مسطورة.

**فرع:** جملة المسائل المذكورة ترجع إلى ثمانية أقسام، أن يتحد الجميع، أو يتعدد المبيع فقط، أو المشترى فقط وهذه الثلاثة مذكورة فى الكتاب أو يتعدد البائع فقط، أو البائع والمبيع، أو البائع والمشترى، أو المبيع والمشترى، أو يتعدد الجميع.

ووجه [الحصر][1] أنه إما أن يتعدد الجميع، أو يتحد واحد فقط، أو يتحد الجميع، أو يتعدد واحد فقط. وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة.

**فرع:** لو اشترى شيئا واحدا فى صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثانى بلا خلاف لتعدد الصفقة.

**فرع:** هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد.

أما إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد فى الوكيل أو فى الموكل.

فهل الاعتبار فى تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له؟ فيه أوجه:

أصحها: عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد، وبه قال ابن الحداد؛ لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل.

**والثانى:** الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل.

قاله أبو زيد والخضرى ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق.

وهو الأصح فى الوجيز.

**والثالث:** الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد.

قاله أبو إسحاق المروزى ونسبه الرويانى إلى القفال.

والفرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له.

ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع.

قال الإمام - رحمه الله -: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل فى الشراء فى الذمة

---

(١) سقط فى ط.

فإن وكله بشراء عبد بثوب مغبن فهو كالتوكيل بالبيع.

**والرابع**: قال فى التتمة: الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل، وفى البيع بهما جميعا، فأيهما تعدد تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع، فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين، فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس، ولو اشترى وكيلان شقصا لواحد؛ لم يجز للشفيع أخذ بعضه، وفى جانب البيع حكم تعدد الوكيل، والموكل واحد، حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه، وإذا ثبت ذلك فى الشفعة ثبت فى سائر الأحكام.

قال صاحب التتمة: وهذا[1]أبعد الطرق؛ لأن فى باب الشفعة يأخذ من المشترى فإذا أخذ نصف ما فى يده أضر به، وههنا يرد على البائع، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له؛ لم يتضمن ضررا، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا، وهذا الذى قاله صاحب التتمة صحيح، ومدرك الشفعة غير مدرك هذا الباب، ولذلك نقول فى الشفعة: إن الصفقة تتعدد بتعدد المشترى جزما، وفى البائع خلاف عكس ما فى هذا الباب، ففى كل باب ينظر إلى المعنى المختص بذلك الباب.

**والخامس**: إذا كان الوكيل من جهة المشترى فالعبرة بالموكل، وإن كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد، وهذا بالعكس مما قاله أبو إسحاق حكاه القاضى حسين فى تعليقه، وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة، فهذه خمسة أوجه فى تعدد الصفقة واتحادها إذا جرت بوكالة، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما إذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا.

قال: وقال القفال: إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما أن يرد نصيبه وإن كان البائع يعتقد أنه يشترى لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف، وهذا ليس وجها سادسا فى التعدد والاتحاد، بل تفريع على القول بالتعدد، وهكذا يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره، وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه، وهو [مأخوذ][2]من نص الشافعى - رحمه الله - فى الرهن إذا

(١) فى أ: وهو.
(٢) سقط فى ط.

اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة، ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين، وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه؟.

قال الشافعي - رحمه الله -: إن كان البائع عالما بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما؛ فلا خيار له، وإن كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه، وأن الرهن لواحد فله الخيار، وكذلك فى هذه المسألة ولا دليل فى ذلك، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل فى الشراء، ولا يخالفه، كما تقدمت الحكاية عنه فى موافقة أبى إسحاق، ولكن مأخذه ما ذكر، وإنما ذكرت ما قاله مع الأوجه فى تعدد الصفقة واتحادها؛ لأنا نحتاج إليه فى هذا المكان؛ إذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع فى الرد، ولا بد من التفريع عليه، وقد يجىء فى بعض الفروع بسببه ستة أوجه، وضعف القاضى حسين قول أبى إسحاق، ورأى أن الصحيح مأخذ ابن الحداد ومأخذ أبى زيد، وأن أصلها[1] أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع؟.

**فروع**: على هذا الأصل: منها لو اشترى وكيل لرجل[2] شيئا فخرج معيبا فإن قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا، أو لقول أبى إسحاق، فليس لأحد الوكيلين إفراد نصيبه بالرد، وبه قطع الماوردى، وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج معيبا؛ لم يكن لأحدهما إفراد نصيبه بالرد، وهل لأحد الموكلين والاثنين أخذ الأرش؟ سيقع التعرض له - إن شاء الله تعالى - عند ذكر المصنف مسألة الاثنين فى آخر الفصل إن شاء الله تعالى، فهذا إذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح، ويوافقه هنا قول أبى إسحاق، وإن قلنا بقول أبى زيد جاز لكل من الموكلين إفراد نصيبه بالرد، وكذلك على الوجه الذى حكاه صاحب التتمة، والوجه الذى حكاه القاضى حسين وعلى رأى القفال يفرق بين علم البائع وجهله إن علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه، وإن جهل فلا لأنه لم يرض بتبعيض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة، وقاله القاضى حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله، فحصل فى هذا الفرع ثلاثة أوجه.

---

(١) فى أ: أصلهما.
(٢) فى أ: لرجلين.

ومنها لو وكل رجلان [رجل][١] ببيع عبد لهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل، ثم خرج معيبا، فعلى الأصح وهو قول ابن الحداد: لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما؟ وعلى الثلاثة الأوجه الأخر يجوز، وعلى الخامس يقتضى ألا يجوز.

وحكى الماوردى الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن[٢] التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين، وهو يقتضى طريقة بأن العبرة فى جانب الشراء بالعاقد، وفى جانب البيع وجهان، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا فى قول من نسب قول أبى زيد إلى أئمة العراق.

ومنها لو وكل رجل رجلين فى بيع عبده فباعاه لرجل، فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز.

ومنها على ما قاله الرافعى: لو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد، أو وكل [رجل][٣] رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا، فعلى الوجه الأول والثالث ليس [لأحد الموكلين][٤] إفراد نصيبه بالرد، وعلى الثانى والرابع يجوز.

وقال القفال: إن علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعيض[٥] وإن جهله [فلا][٦]، قلت: وهذا الفرع هو الأول بعينه، وقد تكرر ذلك فى الشرح والروضة.

وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام فى الأرش، وغير عبارته فقال: إذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعى بالعبارتين وقدم الثانى على الأول، وذكر حكم الرد فى الموضعين، وكان يستغنى بالأول عن الثانى، وتبعه فى الروضة على ذلك، والله أعلم.

فرع: نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشترى واحدا لنفسه ولموكله،

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: فى.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: للموكلين.
(٥) فى أ: بالتشقيص.
(٦) سقط فى ط.

وصرح بذلك فى العقد، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد؟ فيه وجهان:

واختيار أبى إسحاق: لا.

والثانى - وهو الأصح وبه قال ابن أبى هريرة -: نعم؛ لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا، حكاه صاحب البحر والقاضى أبو الطيب فى كتاب الشركة.

**قلت**: وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا والأصح ما ذكروه هنا؛ لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهدة وإن صرح بالمباشرة.

ومنها: لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد، ورجلان رجلا فى شراء، فتبايع الوكيلان فخرج معيبا، فعلى الأوجه الأول لا يجوز التفريق، وعلى.

**الثانى**: و الرابع يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما، وله رد الربع من أحدهما؛ لأنه جميع ما يملكه عليه، وعلى.

**الثالث**: فى جانب المشترى متحد دون البائع، فيكون حكمه حكم الواحد يشترى من رجلين، فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين، وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما، وعلى، الخامس يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث، فلكل من الموكلين فى الشراء رد حصته بكمالها، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين فى البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم، فهذه خمسة أوجه فى هذا الفرع.

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين، وإنما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه، والذى يظهر فى هذا الفرع أنه يتجه[1] التفريع عليه، وعلى الثانى كما تقدمت.

وأما الرافعى - رحمه الله - فإنه اختصر جدا، وقال: فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق، وعلى الوجه الآخر يجوز، هكذا رأيته فى النسخة، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها فى الروضة وبعض نسخ الرافعى، وعلى الأوجه الأخر يجوز، فمقتضاه أنه يجوز على

(١) فى أ: يتحد.

الوجه الثانى والثالث والرابع.

فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم.

وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه.

ومنها وكل رجل رجلين فى بيع عبد، ووكل رجل آخرين فى شراه، فتبايع الوكلاء، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق.

قال الرافعى والنووى: وعلى الوجوه الأخر لا يجوز، والأمر كما قالاه على الوجه الثانى مطلقا.

وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين، وعلى الخامس كذلك، ولا يخفى الحكم فى ذلك، والرافعى - رحمه الله - لم يذكر الوجه الخامس فى أصل المسألة، فحصل فى هذا الفرع أربع طرق.

وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعى - رحمه الله - وتقدمه بذكرها جماعة، وهى فى الرافعى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه.

ومنها ولم يذكره الرافعى: لو وكل الواحد رجلين فى الشراء دون البيع قال القاضى حسين: فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبى إسحاق للموكل أن يرد النصف، وعلى طريقة أبى زيد ليس له رد النصف[1].

**قلت**: وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضى حسين - أيضا - ليس له الرد، ولا يأتى هنا الوجهان.

**فرع**: إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما؛ لأنه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما، وإما أن يتعدد الجميع، وإما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة.

وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة فى الفروع، الستة المذكورة، وهى إذا تعدد واحد فقط بصورة الأربعة، وقسمان من تعدد الاثنين وهما تعدد الوكيلين، وتعدد الموكلين، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة إليه هنا، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه، وإذا أخذ مع هذه

(١) فى أ: النقص.

الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعا ويحتاج الفقيه فى حكم كل منها وتفريعه إلى تيقظ، والله أعلم.

**فرع:** فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة؛ لأن العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد، وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة فى تعدد المبيع واتحاده، فهذه ستة عشر فى البائع ومثلها فى المشترى، وقبلها اثنان وثلاثون، وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية، وكل منها إما أن يفصل فيه الثمن أو لا، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها وما يقتضيه التفريع فيها، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين، والله أعلم.

وإنما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وإن لم يكن له أثر فى تعدد الصفقة؛ لأن له أثرا فى الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم، والله تعالى أعلم.

**فرع:** هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة، فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها، وقد تقدم التنبيه على كل[1]، والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن مات من له الخيار انتقل [الخيار][2] إلى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت إلى الوارث، كحبس المبيع إلى أن يحضر الثمن.**

**الشرح:** قوله: لازم احتراز من الحقوق الجائزة التى تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الإقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك.

وقوله: «يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع فى الهبة والعيب فى المنكوحة، هكذا ذكره المتكلمون على المهذب.

وقال أبو الطيب فى تعليقه: يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل، فإنه يتعلق بما فى الذمة، والأعيان لا تقبل التأجيل، وصورة المسألة إذا مات المشترى قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشترى، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما فى سائر الأمور التقديرية، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه، وقل من

---

(١) فى أ: ذلك.
(٢) سقط فى ط.

صرح به هنا، ولكن فى خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب.

**قاعدة**: الحقوق فى المذهب: منها ما يورث قطعا.

ومنها ما لا يورث قطعا.

ومنها ما فيه خلاف، وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب، وخيار الشفعة، وخيار الفلس، وحق حبس المبيع والرهن والضمان، ومقاعد الأسواق، وخيار الشرط، وخيار تلقى الركبان، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق، وخيار الخلف، وحق الحجر، وحق اللقطة، وحق المرور، والاختصاص بالكلب، وجلد الميتة ونحوهما.

وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية إذا أثبتناه والتحالف والعارية الوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء، والخيار فى النكاح، خيار القبول وخيار الإقالة، وخيار الوكيل، وحق الرجوع فى الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين فى إبهام الطلاق، وفى نكاح المشرك، وتفسير الإقرار بالمجمل، والله تعالى أعلم.

**فرع**: لو قطع ابن المشترى يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشترى قبل التمكن من الاختيار وانتقل الإرث إلى الابن القاطع هل له الخيار بحق الإرث؟ قال الرويانى: يحتمل أن يقال: له الخيار؛ لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب فى حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فإذا صح هذا فإن اختار إجازة البيع؛ لم يغرم شيئا للقطع؛ لأنه ملكه.

وإن فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن.

وفى القول الآخر - يغرم نقصان القيمة إلحاقا للمماليك بالأموال.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر - لم يجز؛ لأنه تبعيض صفقة[1] فى الرد.**

**فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشترى أن يرد بعض المبيع».**

**الشرح**: هذا الذى ذكره المصنف - رحمه الله - هو الصحيح، وهو قول ابن

---

(١) فى أ: للصفقة.

الحداد، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والإمام، وممن صححه الرافعى والجرجانى، وقال الفورانى: إنه ظاهر المذهب.

واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعيض.

وهذا هو استدلال المصنف - رحمه الله - واحترز بقوله: « تبعيض » عن خيار الشرط، وبقوله الصفقة أى الواحدة عن المشترين وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى.

ونقله أبو إسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب إذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر.

ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن إذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجملة هذا الوجه ضعيف وإذا قلنا به فلا أرش، وعلى الأول هل يجب الأرش للذى منعناه من الرد؟ فيه وجهان:

**أحدهما**: يجب ونسبه الرويانى إلى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف.

**والثانى**: لا يجب، لعدم اليأس، فإنه يرجو موافقة صاحبه، قاله القاضى حسين، والأصح التفصيل إن حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه، أو توانى مع الإنكار، رجع هذا بالأرش، وإن كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا.

وهذا من القاضى - رحمه الله - قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه:

**أحدها**: أنه لا يجب الأرش مطلقا وإن حصل اليأس، لكن الذى قاله الإمام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأرش فى حالة اليأس، وهو الظاهر، فليكن قول القاضى محمولا على أنه أراد تنزيل الوجهين على ذلك.

وعلته فى الوجه الثانى ترشد إلى أن محله عند عدم اليأس.

وكلام الرويانى يدل على ذلك، فإنه حكى قول الرد وقول أخذ الأرش، وقول التفصيل.

كما قاله القاضى ونسبه إلى القفال.

وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأرش.

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به

القاضى حسين.

والرافعى أجاز تعيينه فيما إذا وكل اثنان واحدا بالشراء.

ومنعنا كلا من الموكلين من الانفراد برد نصيبه، فهل له الأرش؟ فيه الخلاف المذكور، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى - رحمه الله - فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه أصحها: لا يرد، ويأخذ الأرش إن أيس.

**والثانى**: لا يرد الأرش.

**والثالث**: يرد.

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش، أى هل هو على سبيل التعيين؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى، وكذلك قطع الماوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أى إن لم يوافق البائع على الرد.

وليس المراد أنه يجب الأرش عينا، رضى البائع أو سخط، ويعضد هذا الاحتمال أن قول المنع الذى هو الصحيح منسوب إلى ابن الحداد كما تقدم، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع: إنه إذا طلب أحد الاثنين الأرش يجبر البائع، كما قاله الماوردى، فعلى هذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشترى من الأرش، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون فى المسألة أربعة أوجه، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب، والتحقيق فى ذلك أنا إن جعلنا المانع كون الصفقة متحدة، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع [الرد][1] ويجب الأرش عينا، وليس للبائع الرضا بالرد وإسقاط حق المشترى من الأرش، وإن جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض، فإذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له، فيبطل حق المشترى من الأرش.

وأما الرافعى - رحمه الله - فإنه قال تبعا لصاحب التهذيب فى مسألة الاثنين، والموكلين فى الشراء إذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند[2] رد الآخر

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: عن.

فإن رضى به وجب الأرش، هذا وإن لم يحصل فكذلك على الأصح، فأما جزمه بالأرش عند اليأس الحقيقى فجيد وهو موافق لما تقدم عن الإمام، وقد تقدم أن كلام القاضى يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله، وأما بقية الكلام [عليه ففيه مناسبة](١) فى قوله: إن اليأس عن رد الآخر [بأن رضى به وجب الأرش](٢).

[هذا وإن لم يحصل فلذلك](٣) يحصل برضا الآخر وقد تقدم(٤) هو عن الإمام وقدمته عنه أن اليأس بإعتاق الآخر وهو معسر.

وأما الرضا فإنه قدم فيه خلافا عن الإمام مبنيا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراده؛ رده.

والرجوع بنصف الثمن، هل يجبر البائع على قبوله إن قلنا لا، وجب الأرش وإلا فكذلك فى الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك.

وأما قوله: إن الأصح وجوب الأرش إذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب، وذلك مخالف لما صححه القاضى حسين، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ فى وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا؟ والأول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى - رضى الله عنه - وسأذكره عند ما إذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه - إن شاء الله تعالى - وإذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضى حسين وإلا فالأصح على ما قاله الرافعى والبغوى.

فرع: إذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد، فهل هو أرش النصف، أو نصف الأرش؟ قد تقدم فى كلام الماوردى فى الاثنين.

**الثانى**: وهو كذلك فإن الصفقة واحدة، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين فى الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما، وإنما يثبت لكل واحد أرش نقصان

---

(١) فى أ: فعليه فيه مناقشة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: قدم.

ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأنا نثبته من قيمة النصف، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجد العيب وقد زاد المبيع - نظرت: فإن كانت الزيادة لا تتميز كالسمن واختار الرد [ردّ][1] مع الزيادة؛ لأنها لا تنفرد عن الأصل فى الملك، فلا يجوز أن ترد دونها».**

**الشرح**: الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسمن، وتعلم العبد الحرفة والقرآن، وكبر الشجرة، وكثرة أغصانها تابعة، يرد الأصل ولا شيء على البائع بسببها، ويجبر البائع على قبول العين زائدة، وأوراق شجرة الفرصاد اختلف الأصحاب فى أنها كالأغصان أو كالثمار، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان، قالهما الإمام - رحمه الله - ولو اشترى غزلا فنسجه، ثم علم به عيبا.

قال الماوردى: حكى ابن سريج فيه قولين:

**أحدهما**: يتخير المشترى بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الإمساك وأخذ الأرش؛ لأن النساجة أثر لا عين.

**والثانى**: أن البائع إن بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجا، وإن امتنع لزمه الأرش؛ لأن النساجة زيادة عمل فى مقابلة عوض، قال الرويانى: وهذا أصح عندى، ولا يجوز غيره، قال المحاملى: وفى هذا نظر وأن[2] خيار البائع إنما يترتب على إمساك المشترى، وطلب الأرش، فكيف يجعل قولا ثانيا؟.

بل يتحرر الجواب فى المسألة بأن نقول: المشترى بالخيار بين الرد، ولا أجرة له وبين الإمساك وأخذ الأرش، فإن اختار الإمساك كان للبائع دفع أجرة النسج والرد، فإن اختار ذلك أجبر المشترى، وإن لم يختر أجبر البائع على دفع الأرش وقال صاحب التهذيب: لو زاد المشترى فى المبيع شيئا يصنعه بأن كانت دارا فعمرها أو ثوبا فصبغه، ثم اطلع على عيب إن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الأصل، وإن لم يمكنه، فإن رضى البائع بأن يرده ويبقى شريكا فى الزيادة رد، وإن امتنع أمسكه، وأخذ الأرش، وسيأتى فرع طويل فى الصبغ فيه زيادة على ما قال

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: فإن.

صاحب التهذيب هنا، أذكره - إن شاء الله - عند الكلام فيما إذا نقص المبيع.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن كانت زيادة منفصلة كأكساب العبد، فله أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة - رضى الله عنها -: «أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ [من رجل][١] غُلَامًا فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يُقِيمَ [بِهِ][٢] ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِى ﷺ وَرَدَّ عَلَيْهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ اسْتَغَلَّ غُلَامِى، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ».**

**الشرح:** حديث عائشة[٣] هذا رواه أبو داود، وابن ماجه، والحاكم فى المستدرك

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى أ.

(٣) أخرجه الشافعى (٢/ ١٤٣ - ١٤٤) كتاب: البيوع، باب: فيما نهى عنه من البيوع، الحديث (٤٧٩)، والطيالسى (ص: ٢٠٦)، الحديث (١٤٦٤)، وأحمد (٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وأبو داود (٣/ ٧٧٧ - ٧٧٩) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم يجد به عيبا، الحديث (٣٥٠٨)، والنسائى (٧/ ٢٥٤ - ٢٥٥) كتاب: البيوع، باب: الخراج بالضمان، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، الحديث (٢٢٤٢)، وابن الجارود (ص: ٢١٢ - ٢١٣) أبواب القضاء فى البيوع، الحديث (٦٢٧)، والدارقطنى (٣/ ٥٣) كتاب: البيوع، الحديث (٢١٤)، والحاكم (٢/ ١٥) كتاب: البيوع، باب: الخراج بالضمان، والبيهقى (٥/ ٣٢١) كتاب: البيوع، باب: المشترى يجد بما اشتراه عيبا، والعقيلى فى الضعفاء (٤/ ٢٣١)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٣٢١) من رواية ابن أبى ذئب، عن مخلد بن خفاف الغفارى عن عروة، عن عائشة، عن النبى ﷺ به.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح غريب، وقد توبع مخلد بن خفاف، تابعه هشام بن عروة: أخرجه أحمد (٦/ ٨٠، ١١٦) وأبو داود (٣/ ٧٨٠) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، الحديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، الحديث (٢٢٤٣)، وابن الجارود فى المنتقى (ص: ٢١٢) أبواب القضاء فى البيوع، الحديث (٦٢٦)، والعقيلى فى الضعفاء (٤/ ٢٣١)، وأبو يعلى (٨/ ٨٢ - ٨٣) رقم (٤٦١٤)، وابن حبان (١١٢٦ - موارد)، والدارقطنى (٣/ ٥٣) كتاب: البيوع، الحديث (٢١٣)، والحاكم (٢/ ١٥) كتاب: البيوع، باب: الخراج بالضمان، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٣٢٠) من طريق مسلم بن خالد الزنجى، عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة: «أن رجلاً اشترى غلامًا فى زمن النبى ﷺ، وبه عيب لم يعلم به، فاستعمله، ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله إنه استعمله منذ زمن، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وقال بعضهم: «الغلة بالضمان»، قال الحاكم: (صحيح الإسناد)، ووافقه الذهبى، ومسلم بن خالد الزنجى فيه ضعف لكنه توبع، تابعه خالد بن مهران وأخرجه الخطيب (٨/ ٢٩٧ - ٢٩٨)، وتابعه أيضًا عمر بن على وأخرجه ابن عدى فى الكامل (٥/ ١٧٠٢)، والبيهقى (٥/ ٣٢٢).

وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وقد روى حديث عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف - رحمه الله - ومختصرا: فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، كذلك رواه الشافعى فى الأم[١]، ورواه الأئمة المذكورون.

وقد وثق يحيى بن معين - رحمه الله - مسلم بن خالد يسأله العباس بن محمد عنه فقال: ثقة، وكذلك قاله فى رواية الدارمى عنه، لكن البخارى - رحمه الله - قال عنه: إنه منكر الحديث، وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث: هذا إسناد ليس بذاك.

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة، واقتصر على قول النبى ﷺ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» رواه - أيضا - مسلم بن خالد عن هشام، ورواه عنه الشافعى - رحمه الله - فى الأم، وتابع مسلما على روايته هكذا عمر بن على المقدمى، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه.

رواه الترمذى عن أبى سلمة يحيى بن خلف الجوبارى وهو ممن روى عنه مسلم فى صحيحه عن عمر بن على، وهذا إسناد جيد، ولذلك قال الترمذى فيه: هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة ولفظ الترمذى فى هذه الرواية: أن: «النَّبِى ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ» وقد روى مختصرا - أيضا - من طريق هى أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة، رواه الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم والمختصر.

رواه المختصر عمن لا يتهم عن ابن أبى ذؤيب، وفى الأم عن سعيد بن سالم عن أبى ذؤيب، ورواه أبو داود والترمذى وقال: حسن والنسائى والحاكم فى المستدرك من جهة جماعة عن [ابن][٢]أبى ذؤيب عن مخلد.

وعن مخلد قال: «ابْتَعْتُ غُلَامًا فَاسْتَغْلَيْتُهُ ثُمَّ ظَهَرْتُ مِنْهُ عَلَى عَيْبٍ فَخَاصَمْتُهُ[٣]فِيهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، فَقَضَى لَهُ[٤]بِرَدِّهِ وَقَضَى عَلَى بِرَدِّ غَلَّتِهِ،

---

(١) أخرجه الشافعى فى الأم (٨/ ١٨٠).
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فخاصمت.
(٤) فى أ: لى.

فَأَتَيْتُ عُرْوَةَ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: أَرُوحُ إِلَيْهِ الْعَشِيَّةَ فَأُخْبِرُهُ أَنَّ عَائِشَةَ أَخْبَرَتْنِى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِى مِثْلِ هَذَا أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ فَعَجِلْتُ إِلَى عُمَرَ فَأَخْبَرْتُهُ مَا أَخْبَرَنِى عُرْوَةُ، فَقَالَ عُمَرُ: فَمَا أَيْسَرَ عَلَى مِنْ قَضَاءٍ قَضَيْتُهُ، اللَّهُ يَعْلَمُ أَنِّى لَمْ أَرَ فِيهِ إِلَّا الْحَقَّ، فَبَلَغَنِى فِيهِ بِسُنَّةٍ[1] عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَاحَ إِلَيْهِ عُرْوَةُ فَقَضَى لَهُ أَنَّ أَخْذَ الْخَرَاجِ مِنَ الَّذِى قَضَى بِهِ عَلَى لَهُ»[2] [وقد روى بألفاظ أخر عن مخلد][3].

وقد تكلم فى مخلد وإسناده هذا، فقال الأزدى: مخلد بن خفاف ضعيف وسئل أبو حاتم عنه فقال: لم يرو عنه غير ابن أبى ذؤيب، وليس هذا إسنادا تقوم به الحجة، يعنى الحديث، وعن البخارى أنه قال: هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث، قال الترمذى فقلت له: فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة - رضى الله عنها -، فقال: إنما رواه مسلم بن خالد الزنجى وهو راهب الحديث.

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى: استغرب محمد بن إسماعيل يعنى البخارى هذا الحديث من حديث عمر بن على، قلت: يراه تدليسا، قال: لا، وإذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة - رضى الله عنهم - قضيت بالصحة على الحديث كراوية المقدمى، لا سيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها، وإن كانت غريبة.

وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان فى زمن إمرته على المدينة.

قال الترمذى: والعمل على هذا عند أهل العلم، قال: وتفسير «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» هو الرجل يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع، فالغلة للمشترى؛ لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان.

وقال الأزهرى[4]: الخراج: الغلة، يقال خارجت غلامى إذا واقفته على شىء وغلة يؤديها إليك فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله.

قال الشيخ أبو حامد: ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض.

---

(١) فى أ: سنة.
(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٥/ ٣٢١
(٣) سقط فى ط.
(٤) الزاهر ص (٢٠٨).

وقال الماوردى - رحمه الله -: الخراج اسم لما خرج من الشىء من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب: الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع، ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر: مخارج.

قال: وقولنا: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشترى لأن الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وإنما هو ملك المغصوب منه مضمون على الغاصب.

والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على المالك، وهو أن يكون تلفه من ماله فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه له.

ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه؛ لأن ملكه وتلفه [منها][(1)] من ماله.

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان مطلقا، وإنما قالت عائشة - رضى الله عنها -: «قَضَى فِي مِثْلِ هَذَا أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ» وفى ذلك الموضع كان الشىء ملكا له وقد حصل فى ضمانه، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له.

والمغصوب والمستعار [و][(2)] الوديعة إذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك [له][(3)] فلم تكن الغلة له.

وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له.

وقد رأيت فى كتاب الأزهرى على ألفاظ الشافعى - رحمه الله - أنه إذا اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله، أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه، فإن الغلة التى استغلها من العبد وهى الخراج طيبة للمشترى؛ لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان فى ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان، وهذا الذى قاله الأزهرى - رحمه الله - فى البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

واعلم أن ما حكيته من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص، وكلام الشافعى - رحمه الله - فى الرسالة يقتضى خلاف ذلك، وأنه قاس ما خرج من تمر حائط وولد على الخراج، وأن الشاة المصراة إذا رضيها ثم اطلع على عيب آخر بها بعد شهر ردها، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا، وأمسك اللبن الحادث قياسا.

قال ابن المنذر: قال بظاهر قوله: «الخراج بالضمان» شريح والحسن البصرى وإبراهيم النخعى وابن سيرين وسعيد بن جبير، وبه قال مالك والثورى والشافعى [وأحمد][1] وأبو إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور.

وقال مالك فى أصواف الماشية والشعور كذلك وقال فى أولاد الماشية: يردها مع الأمهات وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأى أنهم ناقضوا فقال[2] فى المشترى: إذا كانت ماشية فحلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرش، وقال فى الدار والدابة والغلام: الغلة له ويرد بالعيب.

قلت: قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشترى من المبيع، إما أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منها، فالأول إما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة، ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته، فكل ما حصل من ذلك نادرا كان أو معتادا للمشترى أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده، ويسترجع جميع الثمن قولا واحدا، لا خلاف فى ذلك للحديث، هكذا قاله جماعة.

وعن الرافعى فى تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والركاز والكسب على الخلاف، وسيأتى عن القاضى حسين ما يقتضى جريان الخلاف فى المهر قبل القبض عند التلف، وقد حكى عن عثمان البتى وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه، وقال عبيد الله: ويرد الهبة التى وهبها أيضا.

وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله، وسيظهر الجواب عنه إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: فقالوا.

وعن أبى حنيفة أنه إن رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل مع الأصل، وإن رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد، وما أظن أحدا يقول: إنه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له، وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هى منافع محضة لا أعيان فيها، ولو قال: إن الفسخ يرفع العقد من أصله، ووجه الاعتذار على ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل إن شاء الله تعالى.

**فائدة أخرى**: الموجود فى النسخ فى لفظ الحديث قد استعمل غلامين بالغين المعجمة واللام المشددة وضبطه صاحب الاستقصاء بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام وكل ما ذكر فى العبد فمثله فى الأمة إلا الوطء فسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى وإلى هذا القسم أشار المصنف - رحمه الله - بقوله: اكتساب العبد، وكذلك سكنى [الدار][1] وركوب الدابة، كل ذلك أدخله الأصحاب فى اسم الغلة، وإن كان قد لا يشمله اسم الزوائد الذى تضمنه كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

وأما المتولد [من العين][2] فسيأتى حكمه فى كلام المصنف.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: « وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة؛ لأنه نماء منفصل حدث فى ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد».**

**الشرح**: هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم، وقد اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة مذاهب.

مذهبنا: أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة، ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك، [يعنى فلا يغيره][3]، وبه قال أحمد و [قال][4] أبو حنيفة: لا يكون له الرد ويأخذ الأرش.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى ط.

وقال مالك: يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأصل، وهى الولد، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة، بل يرد الأصل وحده، فوافقنا على الرد وخالفنا فى إمساك النتاج، وأبو حنيفة - رحمه الله - خالفنا فى الرد، ومعتمدنا فى جواز الرد وجود العيب.

وفى إمساك الفوائد الحديث، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة، وقد ورد فى رواية أخرى [أن][1]أن الغلة بالضمان، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف - رحمه الله - جعل الدليل فى ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص فيها، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض، ومالك - رحمه الله - يسلم الحكم فيها مطلقا. ومعتمد المخالفين أمران:

أحدهما: أن الفسخ رفع للعقد من أصله، وهذه قاعدة ينبنى عليها فروع هذا الفصل.

وقد اختلف أصحابنا فيها، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج: أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به، ولو كان فسخا من الأصل لبطل، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده، وفيه وجهان آخران.

**أحدهما**: أنه إن اتفق قبل القبض يرفعه من أصله؛ لأن العقد ضعيف بعد، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض، ولا فرق فى ذلك كما اقتضاه كلام الإمام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض، قال ابن الرفعة: وفى الثانى نظر، كيف يتقدم على سببه، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد فى الضمان وفى ذلك أيضا.

**والثانى**: أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس[2]، وهذا الوجه حكاه الرافعى عن التتمة هكذا، وهو فى التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا، ومراد الرافعى بالإطلاق بالنسبة

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: المتنبش.

إلى ما قبل القبض وبعده.

وأما بالنسبة إلى العيب المقارن والطارئ فلم يتعرض لذلك، وفى التتمة توجيه الوجه الذى حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب، فيستند الحكم إليه، ويجعل كأنه جمع فى العقد بين موجود ومعدوم، حتى يصير كأن العقد(١) لم يكن.

قال ابن الرفعة: وهذا من كلام(٢) يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفى العيب الحادث، يعنى قبل القبض إذا فسخ به بعد القبض، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها إلى وقت حدوث الغيب، لا إلى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب فى فسخ النكاح.

**قلت**: وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد، كما(٣) اقتضاه كلام الإمام - رحمه الله - من التسوية بين العيب المقارن والطارئ فى جريان الخلاف قبل القبض، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك، ولو ثبت ما أشار إليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم إثبات وجه باستناد الفسخ إلى حالة حدوث العيب، سواء أحصل الفسخ قبل القبض أم بعده، ولا نعلم من قال به فى شىء من الحالتين.

وقال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض فإذا كان بالتراضى فيرفعه(٤) من حينه، وإن كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند إلى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة.

وأجاب أصحابنا - رحمهم الله - بأن الإقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الإقالة، ثم قالوا: لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع، وهو لا يبطله، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه.

إذا ثبت هذا الأصل؛ فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه، فلذلك تكون الزيادة

---

(١) فى أ: الحق.
(٢) فى أ: كلامه.
(٣) فى أ: لما.
(٤) فى أ: فيرفع.

الحادثة فى ملك المشترى له، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالإقالة، وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الإقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث، لكنا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء، فدل على أنه لا يجوز الرد، وأيضا قالوا: لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتصل، ومالك - رحمه الله - يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد، والثمرة أولى بالرد إذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة، والولد منفصل، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتاج.

وأما أبو حنيفة - رحمه الله - فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين، وقد فرق بينهما فقال: يجوز[١]الرد وبقية الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم، وقال هنا يمنع الرد، وذلك تناقض، بل كان اللائق بأصله أن يسوى بين الجميع، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها.

(الأمر الثانى) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا؛ لأنه لا سبب للملك فيها إلا سراية الملك من الأصل إليها، والأصل مبيع، فيسرى حكمه إليها على صفته، ومع هذا الأصل لا يحتاج فى رد الفوائد إلى أن العقد يرتفع من أصله، بل يرد الفسخ على الولد مع الأصل، وهذا قول للمالكية، وبه تتمسك الحنفية أيضا، ونحن نسلم أن سراية الملك [من الأصل إليها والأصل مبيع، فيسرى حكمه إليه..][٢].

حاصلة، ولكن سراية العقد لا معنى لها، فإن العقد لا يرجع إلى وصف المحل المعقود عليه إذ لا معنى لكونه معقودا عليه إلا لكونه[٣]مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة.

وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد فى الطرد والعكس.

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا، فإن التوثق بالمرهون لا يرجع إلى صفة فيه.

وولد المرهونة[٤]ليس مرهونا[٥]بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع إليه؛ لأن

(١) فى أ: بجواز.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: كونه.
(٤) فى أ: الموهوبة.
(٥) فى أ: موهوبًا.

الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم إلا بالأم.

والولد متولد من الموهوب يسرى إليه ملك الهبة لا عقد الهبة، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما؛ لأن الملك فى المستولدة نقص بالاستيلاد، وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت كالمسلمة إلى الله تعالى من وجه، وكالناقة من وجه، وهذا[1] راجع لصفتها.

وولد المكاتبة وولد المدبرة فيهما اختلاف قول، ومنشؤه التردد فى أن نقصان الملك من[2] المكاتبة هل يضاهى النقصان فى المستولدة؟ أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر فى المرهون؟ فتبين بهذا أنه إنما يسرى إلى الولد ما كان وصفا للأم، والخصم يرد ذلك فى الرهن والبيع إلى صفة فى المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاد.

فهذا فصل مفيد فى هذا المعنى من كلام الغزالى - رحمه الله - قال: والنظر فى الفرق والجمع فى هذه الصورة دقيق، والطريق فيه ما نبهنا عليه.

وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والأكساب، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض؛ لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع[3] هو الأصل، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد، ثم على أبى حنيفة - رحمه الله - فى هذا الطريق مزيد إشكال، فإنه إن كان مبيعا فليرد الأصل معها، كما قال[4] مالك، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض، وإن لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له.

وعند هذا قد تم النظر فى مذهبنا.

هذا كلام الغزالى - رحمه الله - فى المأخذ وقد تكلم الأصحاب فى الأولاد فى كتاب الرهن وهى ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة بصفة.

والأضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة

---

(١) فى أ: وهو.
(٢) فى أ: فى.
(٣) فى أ: فالمبيع.
(٤) فى أ: قاله.

والمغصوبة والمأخوذة بالسوم، والموصى بها، والزكاة، وإن يسر الله تعالى من الوصول إلى الرهن أذكر تفصيلها هناك إن شاء الله تعالى وله أكمل.

وههنا تنبيهات:

**أحدها**: أن الذين قالوا من أصحابنا: إن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة، لا قبل القبض ولا بعده، وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعيف القول المذكور، وإما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم فى البحث مع أبى حنيفة، وفى كلام الإمام والغزالى ما يشعر بالملازمة بينهما فإن كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه.

**الثانى**: أن مقتضى القول برفع العقد من أصله، وإن كان بعد القبض أن يرد[1] الزوائد والأصحاب - رحمهم الله - حكوا قولين فى رد الزوائد إن كان الرد قبل القبض، وبنوهما على الخلاف فى الطريقة المشهورة أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه، فعلى الأول يرد وعلى الثانى وهو الصحيح لا يرد.

أما إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد، ومقتضى الطريقة التى نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالى - رحمه الله - فى كتاب الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالإضافة إلى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال فى الرد قبل القبض، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذى أحوجهم إليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله.

**الثالث**: أن كلام المصنف - رحمه الله - جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف - رحمه الله - من القطع بعدم رد الزوائد، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله، وإنما الخلاف فى طريقة غيرهم، والأصح عند غيرهم - أيضا - كما جزموا به.

---

(١) فى أ: ترد.

**الرابع**: قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق فى ذلك بين الزوائد التى حصلت بعد القبض والتى حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف فى الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع فى الوجيز ما يوهم خلاف ذلك، فإنه قال: يسلم الزوائد للمشترى إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء، ويكون المراد حصل أى الرد ويستقيم الكلام.

**الخامس**: فى عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعى. أن الفسخ رفع للعقد من حينه، وقيل: من أصله، وفى عبارة آخرين منهم القاضى حسين والإمام أن الرد قطع للعقد من حينه، ولا يستند ارتفاع العقد إلى ما تقدم، وفى عبارة الماوردى شىء منه، ويعرض فى ذلك بحثان.

**أحدهما**: هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا؟.

**والثانى**: أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا؟ والجواب أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع، وكثير من أسباب الانتقالات، ولا يسمى شىء من ذلك رفعا، والرفع من حينه يسمى قطعا لأنه انقطع به الملك حقيقة، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا.

ولذلك وقع [فى][1] كلام الإمام والماوردى - رحمهم الله - تسميته بالقطع.

والسر فى الفرق بين الرفع والقطع الذى ليس برفع أن الرفع معناه إبطال أثر العقد المتقدم، واستصحاب ما كان قبله حتى إن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق، وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات، فإنها مقتضية ملكا جديدا هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقا ولا أبطل العقد المتقدم على هذا انتقال، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فافهم ذلك.

فإن الإنسان إذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه.

---

(١) سقط فى ط.

وأما الفسخ فإنه [نقض][(١)] لشرائه وإبطال له.

وأما الثانى وهو أن الفسخ من الأصل.

هل معناه تبين عدم الملك؟ فهذا هو المتبادر إلى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حسا بل بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل فى نهاية الإشكال.

فإن السبب الرافع للعقد هو الفسخ، فكيف يتقدم المسبب على سببه؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول: إنه بطريق التبيين؛ لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه، ولا يقال: إن من شرطه عدم طريان الفسخ عليه؛ لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط الحكم به، ولا يشك أن الملك حاصل الآن إذا أجمعت شروطه، ولا يوقف الأمر فى ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك وإنما يتبين عدم الملك لكان ينبغى أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة، بل كان يلزم أن يجب على المشترى أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده، سواء فوتها أم فاتت بنفسها، إلا أن يقال إن ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع.

لكنا نقول: إنه إنما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد [هذا][(٢)]، والعقد هو المتضمن للإباحة فإذا ارتفع ارتفعت، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له إذا اشترطا إذن السيد فى القبول؛ لأنه لم يأذن، وأن يكون المهر إذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطئ وأما[(٣)] قبضه المشترى منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشترى من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع، وقد تقدم من كلام الغزالى عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشترى بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض.

وهذا يفهم أن المحذور من القول ببقاء الولد على ملك المشترى أنه يصير ملكا لا سبب له، على القول بارتفاع العقد من أصله، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل، بل كما قاله الغزالى - رحمه الله - فى كتاب

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: وما.

الصداق، [أو][١]أنه يرتفع من أصله بالإضافة [أو][٢]إلى حينه، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود إلى البائع.

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله إلى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن، والمراد بارتفاعه من حيث إنه لا ترتفع آثاره وإنما يرتفع الملك فى المبيع فقط، وهذا تفسير لا يسبق الذهن إليه، فإن ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة، وأن قبوله الهبة وتصرفه بإذن المشترى صحيح، وقبض المشترى لمهر الشبهة صحيح، وجب الحمل على هذا المعنى، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشىء، بل كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجرة الاستخدام ونحوها، وإنما الخلاف فى الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع.

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل، بل باليد، فلا يمنع الرد عندهم، وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم، ولكن إن وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك، والمسائل المتقدمة احتاجوا إلى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا إليه.

ونحن إليه أحوج لأجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبى حنيفة - رحمه الله - إلا إذا كانت حادثة من نفس المبيع.

وقال زفر: يجب رد مهر الشبهة الذى قبضه المشترى معها.

**السادس**: أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان، فينبغى أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ، والأول لم يقل به أحد، والثانى لم يقل[٣]به إلا على وجه ضعيف فى بعض الصور، وهى ما إذا حصل الرد قبل القبض، فما وجه تعطيل دلالة الحديث فى ذلك، والعمل بها فيما بعد القبض للمشترى؟ والجواب أن محل الحكم الذى ورد فيه النص إنما كان بعد القبض إذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث، لا سيما قوله: قضى فى مثل هذا أن

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: نقل.

الخراج بالضمان.

فيكون الخراج معللا بالضمان فى الملك.

وذلك مفقود فى البائع وفيما قبل القبض.

فإن قلت: المحل لا تأثير له، والعلة التى ذكرها الشارع الضمان، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما، فيكون[1] الخراج قبل القبض للمشترى فيه نقض للعلة فى جانب البائع، ووجود الحكم بدونها فى جانب المشترى.

**قلت**: قال الغزالى - رحمه الله -: ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشترى وقبل القبض معلل بعلة أخرى، وهو أن الزوائد حدثت فى ملكه، والحكم قد يعلل بعلتين يعنى فاقتصر النبى ﷺ على التعليل بالضمان لكونه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه، فإن الغنم فى مقابلة الغرم، وإن كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر، والله أعلم.

**السابع**: أن الخلاف المذكور فى رفع العقد من أصله أو من حينه، هل هو خاص بالرد بالعيب؟ أو عام فى سائر الفسوخ؟ حتى يجرى فى الإقالة والفسخ بالتخالف، والفسخ بخيار المجلس، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض؟.

**والجواب**: أن المشهور فى هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى فى الإقالة، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الإقالة فى كونها رفعا للعقد من حينه، والرافعى - رحمه الله - أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه، وهو الرد بالعيب وقد ذكر فى باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين فى الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض.

**أصحهما**: أنه من حينه كالرد بالعيب، والزوائد مخرجة على الوجهين قال: وطردهما طاردون فى الإقالة إذا جعلناها فسخا وخرجوا عليهما الزوائد.

**قلت**: وذلك وإن أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا فى الرد بالعيب، فإن الإقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ، ونقل القاضى حسين الخلاف فى تلف المبيع قبل القبض، وحمل[2] الوجهين فى الرد بالعيب مبنى عليها، وعلى تلف

---

(١) فى أ: فكون.

(٢) فى أ: وجعل.

المبيع فى يد المشترى فى زمن الخيار وإن قلنا ينفسخ ارتفع ههنا، وإلا فالولد هنا للمشترى، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة فى باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا، فإن خرج اعتبار القيمة عليه إذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته فى طرد الخلاف بعد التقابض، فإن فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض.

وإن قلنا: إنه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه ينفسخ بنفس التخالف كما هو فى التتمة والنهاية، ولم يتعرضوا له على القول بإنشاء الفسخ، والقياس جريانه.

وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر فى بابه أنه إذا فسخ وقلنا: الملك للمشترى فالأصح أن الأكساب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها[1] أيضا أنه من حينه.

والقول الآخر بأنه من أصله يجرى فيه بغير إشكال، بل هو أولى بذلك، فقد ظهر بذلك أن الخلاف فى الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه، لكنها ليست فى رتبة واحدة وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الإقالة؛ لأنها فى حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول.

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله [قطعًا][2]؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض؟ على أنه لا فائدة لإجراء الخلاف فيه، نعم عقد السلم إذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت فى المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم إليه، فهل نقول إنه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم إليه؟ أو من أصله حتى يرجع إلى البائع قطعا؟ والأشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض، فإن الشافعى - رحمه الله - استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف، إذا تفرقا ولم يتقابضا، كما تقدم ذلك فى باب الربا.

**الثامن**: أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل

---

(١) فى أ: فيه.
(٢) سقط فى ط.

يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعا، خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الإمام وغيره من الجازمين فيما إذا رد المسلم فيه العيب، وكان عبدا استكسبه:

أنه هل يجب رد الكسب والغلة؟ على قولين: فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض [وهو مخالف لما اتفقوا عليه هنا من عدم رد الاكتساب بعد القبض](١) فإن قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل، والخلاف فى السلم مشهور، وقد تقدم له ذكر فى باب الربا.

والجواب: أن الخلاف المذكور فى السلم مأخذه أمر آخر:

وهو أن الملك على أحد القولين فى المسلم فيه المشروط بالرضا أو بعد الرد، فإذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا.

فهذا هو القائل برد الأكساب، والقول المقابل له [أن الملك](٢) بالقبض، ثم انتقض بالرد.

فعلى هذا ينبغى أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب.

وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجىء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب.

فافهم ترتيب هذا التفريع فإنه من محاسن الكلام.

وقد ذكر ابن أبى الدم أن الإمام والغزالى ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم بعيب.

هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله؟ ومراد ابن أبى الدم الخلاف الذى قدمته، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى إشكالا على الإمام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه، واقتضى إشكالا على جميع الأصحاب فى قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع، والله أعلم.

**التاسع**: الزيادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور:

**أحدها**: أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه.

**الثانى**: أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: أنه ملك.

للعقد فسيأتى فى كلام المصنف فى بقية الفصل إن شاء الله تعالى.

**والثالثة**: أن تكون انفصلت قبل الرد، كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب.

أو صارت فى حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت، أما لو لم تكن كذلك، كما إذا ردها وهى حامل بحمل حدث بعد القبض[١]، حيث نقول: إن الحمل ليس بعيب، أو رد الشجرة وقد أطلعت طلعا غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهى مستفرغة الصوف.

فحدث عليها صوف فلم يجز، أو حدث فى ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه؟.

أما مسألة الحمل فنقل الإمام فيها قولين كالفلس، وجزم القاضى حسين - رحمه الله - هنا بردها لذلك، ولا يسلم له الحمل إن كانت علقت فى ملكه؛ لأنه لا يمكن إفراده بالبيع فهو كالثمن، وعلى ذلك ينزل كلام المصنف - رحمه الله - لقوله: فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطا.

وقال القاضى أبو حامد: إنه أولى القولين، وقال القاضى[٢]وجماعة من الأصحاب: إن قلنا يأخذ قسطا بقى للمشترى ويأخذه إذا انفصل على الصحيح، وفى وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد.

وإن قلنا: لا يأخذ فهو للبائع، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعى - رحمه الله - فى باب الفلس أن الأكثرين رجحوه فى رجوع غريم الفلس، وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا، لكن الرافعى - رحمه الله - مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل إلى الرجوع، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية - أيضا - كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين: مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب.

وأيضا فإنه رجح فى الفلس تبعية الثمرة والحمل، وجعلهما سواء، وإن كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان فى البيع متبعان فى الفسخ، وهذا المعنى

---

(١) فى أ: البيع.
(٢) فى أ: الرافعى.

بعينه موجود فى الرد بالعيب.

ولو صح النظر إلى المقابلة بالقسط لزم ألا يتعدى الرجوع فى الفلس إلى الثمرة؛ لأنها مقابلة بالقسط قطعا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها، فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشترى، يحتاج إلى جواب عن ذلك، وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة فى أخذها قسطا على قولين كالحمل، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشترى - أيضا - قبل التأبير، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص؛ لأنه فى الجارية يقل النشاط والجمال، وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب.

فإذا قلنا هذا أو لم نقل به، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرش، قال القاضى أبو حامد: وهل للمشترى إمساكها حتى تضع ويردها إن لم يكن تنقصها الولادة؟ نقله ابن الصباغ، وإذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع - فإن قلنا: الحمل للمشترى - لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب؛ لأنه حبسها لأخذ ملكه منها وإن قلنا إن الحمل للبائع منعه ذلك من الرد، قاله القاضى الماوردى - رحمه الله -:

وأما الجارية فإن كلامه يقتضى أنه يجوز له إمساكها حتى تضع وردها فى الحال فإنه إن ردها وهى حامل كان الحمل للبائع؛ لأن المشترى اختار ترك حقه فليس له استثناؤه فرق: الجرى بين ذلك وبين ما إذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها، لم يكن الحمل مردودا معها؛ لأن الحمل فى هذه الحالة لا يتبع، وممن بنى الحمل على القولين فى المقابلة الماوردى، والأصح عنده كما قال الرافعى.

وحكى مع ذلك وجها على قولنا: أنه يقابله قسط من الثمن أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد، هذا حكم الحمل.

وأما الثمرة التى لم تؤبر ففيها وجهان:

**أحدهما**: يردها مع الأصل ولا يمسك.

**والثانى**: يمسكها أو يرد الأصل، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين، ولم يصحح الرافعى - رحمه الله - من هذين الوجهين شيئا، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على الحمل فالبحث معه فيهما، والذى يتجه هنا أن يكون الأصح الأول، وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى

حسين - رحمه الله -: والأصح الأول؛ لأنه الأظهر الذى نقله المزنى فى رجوع البائع فى عين ماله إذا أفلس المشترى وعليها ثمرة غير مؤبرة، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى - رحمهما الله -، فليكن هنا كذلك، ولعل المصنف - رحمه الله - اختار الوجه الثانى، ولذلك قال: فأثمرت، ولم يقيد بقطع ولا تأبير، وفى الفلس حكى القوْلين من غير ترجيح.

وأما اللبن الحادث فى الضرع أو الصوف الذى حدث بجزئيهما للمشترى، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع فى تعليقه مفرقة فى موضعين.

وقال المتولى والبغوى والرافعى - رحمهم الله -: إنه يرد الصوف تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين فى الفتاوى وفى كل من الكلامين نظر، والصحيح ما سأذكره فى آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

واعلم أن الحمل يندرج فى المعارضة قولا واحدا، وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان فالأظهر فى الرهن الاندراج بناء على أن له قسطا، وفى الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج، والإمام قال: إن الجديد عدمه، وفى الرجوع فى الهبة بناه الرافعى على المقابلة، كما فعل بها فى الرد بالعيب فيقتضى أن الأصح عدم الاندراج، فالرافعى - رحمه الله - سلك طريقة البناء فى المواضع كلها إلا فى الفلس، لما وجد ميل الأكثرين، ونص الشافعى - رحمه الله - فيه إلى خلافها والقاضى حسين جرى فى الرد بالعيب والفلس على قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء فى اندراج الحمل فى الرهن، وهذه أمور مضطربة.

فالإمام - رحمه الله - أجرى القولين فى جميع ذلك [من غير ترجيح إلا نقله الجديد فى مسألة الهبة ومعه][1] جريانه فى الرهن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك، وهو يشكل على القاضى حسين - رحمه الله - والذى يظهر فى ذلك أحد أمرين:

إما أن نقول: إن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك، وعلى هذا يستمر نصه المنقول فى الفلس على الاستتباع فى الرجوع.

والجديد الذى نقله الإمام فى الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع فى الرهن.

وإما أن نقول: بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا، وأما الصوف

---

(١) سقط فى ط.

واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان؛ لأنهما جزءان وإن كان يمكن فصلهما الآن، لعدم صحة إفرادهما بالبيع، وإنما لم يدخلا فى الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه.

نعم إذا جز الصوف أو حلب اللبن فى مدة طلب البائع للرد، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب، فإنه حينئذ لا يصادف الرد، فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله.

وقال القاضى حسين: إن جز الصوف ثم ردها بطل خياره لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب، وهذا على رواية فى أنه يشترط المبادرة إلى التلفظ بالفسخ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك.

وقال القاضى حسين - رحمه الله - أيضا: إن ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح فى أن الصوف تابع، أما على رأيه فى أن الصوف يبقى للمشترى، فإجبار البائع على القبول إذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون، كما فى رد البهيمة مع النعل إن كان الجز غير معيب لها، فإذا لم يجز لم يجب على البائع القبول كما فى نظيره فى النعل وإن كان معيبا لها فيصح القول بالإجبار، ولكن ينبغى أن يأتى فيه الخلاف فى أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه فى مسألة النعل الثانى فليكن هنا كذلك حتى إذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشترى.

وأما قول الرافعى - رحمه الله -: إنه يرد الصوف، وأما الثمرة غير المؤبرة فهى أولى من الحمل بعدم الاندراج؛ لأنه يجوز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين.

وفيها طريقة قاطعة لأنها مقابلة بقسط من الثمن، لكن الأصح فيها الاندراج - أيضا - لما تقدم، وقد تقدم فى باب بيع الأصول والثمار من كلام الإمام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام فى التأبير، فإن أراد أنه إذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته، وكذلك قال صاحب التتمة، لكن يشكل على الرافعى فى قوله: إن الحمل يبقى للمشترى فإن الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية، وكذلك الأصح عند الرافعى دخوله فى الرهن وعدم دخول الصوف، وإن أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه - وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب فى طريق الرد - فقد تقدم من المصنف - رحمه الله - جوازه، ومن الرافعى منعه، وتبين الراجح منهما، ولم يذكر

الرافعى - رحمه الله - مسألة اللبن، وهل تتبع فى الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل، ومن جهة قرب التناول كالصوف، وكيفما كان فالأصح التبعية.

وعلى رأى الرافعى ينبغى أن يكون الأصح عدم التبعية؛ لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل.

**فرع: من تتمة الكلام فى الحمل:**

جزم الجورى بأن الحمل يكون للبائع إذا ردت عليه بالعيب، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشترى مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن، قال: لأنها إذا حملت عند المشترى له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها، فإذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه، فليس له استثناء الولد، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها إذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب، لم يكن الولد مردودا.

وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقدا أو وصية أو هبة.

**فرع:** لو اشتراها وعليها صوف وفى ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن، ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب، وقلنا بأن الصوف تابع فى الرد، فلا إشكال وإن قلنا بما قاله القاضى حسين فى تعليقه من أن الصوف واللبن الحادثين للمشترى فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما، فإن اتفقا فذاك، وإلا فصلت الخصومة بطريقهما، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا إشكال فى جواز الرد، وبقاء الصوف له على ما مر، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله، ثم أراد الرد بعيب، رد الصوف المجزوز. قاله الماوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم.

وقال الشيخ أبو حامد فى آخر باب بيع المصراة: أنه إذا كان يمكنه التوصل إلى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد.

وإن جزه ثانيا فالمجزوز ثانيا له مختص به، فإن لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما إذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لما حكيته عن تعليقه إلا أن تكون المسألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب، وإن جز الصوف الذى كان

عليها[١] بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير [بالرد][٢] بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد، ولم أر فى هذه المسألة نقلا.

وأما مسألة اللبن إذا كان منه شيء موجود عند العقد فيلتفت إلى أنه: هل يرد الثمن فى غير المصراة؟ وقد تقدم ذلك فى آخر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فنبتت فى يد المشترى ثم علم بها عيبا يردها ويبقى النابت للمشترى، هكذا قال البغوى والرافعى - رحمهما الله- وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء [من][٣] الأرض؛ ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى - أيضا - كما تقدم.

فرع آخر: إذا قلنا الزيادة تسلم للمشترى كما جزم به المصنف - رحمه الله - فليس للبائع حبس ما حدث فى يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن فى صورة غير الفسخ.

وإن قلنا: بأنها ترجع بالفسخ إلى البائع.

قال الغزالى: له حبسها إلى استيفاء الثمن، والإمام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين فى جواز حبسها من غير بناء ثم قال: إن ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وإنما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالى - رحمه الله - لاحظ ذلك فعلل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك: إنه يحبسها للثمن.

قال ابن الرفعة: ولعل الغزالى - رحمه الله - قال: له حبسها لا للثمن، قلت: أو يقال بأنه لما توقع عودها إليه صارت كالأصل فيجرى حكمه عليها فى الحبس بالثمرة ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشترى الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق [حبس][٤] الزوائد لسقوط حبس أصلها، وأما مجرد توقع عودها إليه فكيف يقتضى جواز حبسها ولا تنافى بين كلام الإمام وكلام الغزالى.

---

(١) فى ط: عليه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

وقول الإمام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به.

وقال القاضى حسين: لو اشترى حاملا فمخضت فى يد البائع فلا خلاف فى أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن، ولم يحك الخلاف الذى ذكره الإمام والغزالى ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعا وليس كالولد الذى كان حملا عند العقد، فإن ذلك على قول، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن، وهل يكون مثله فى جواز بيعه قبل القبض أو لا؟ فيه نظر، والأقرب أنه مثله، وهل نقول فى الحادث: إنه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه؟ فى كلام القاضى أبى الطيب فى احتجاج الحنفية أنه دخل فى حق التسليم؟ وأجاب بأنه لم يدخل فى حق التسليم المستحق بالمبيع، وإنما يجب تسليمه إليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكين.

وقد صرح البغوى - رحمه الله - بأنه أمانة فى يده، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى إذا هلك قبل التمكن من رده لا يضمنه وإلا ضمنه إن لم يقل له حق الحبس.

فرع [آخر]:[1] عن المزنى فى مسائله المنشورة:

اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف إلى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشترى ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن.

قال الماوردى: وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء.

**قلت**: وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه، وهو الذى جزم به العراقيون.

أما إذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع إلى البائع فلا يأخذ المشترى من البائع شيئا، وإنما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة؛ لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه.**

---

(١) سقط فى أ.

**ومن أصحابنا من قال: لا يرد الأم بل يرجع بالأرش؛ لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة، ولهذا قال الشافعى - رحمه الله - فى الجارية[١] المرهونة: إنها تباع دون الولد».**

**الشرح**: إذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشترى وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين إذا[٢] اطلع على العيب ولم يتمكن من الرد إلى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف على ما تقدم بلا خلاف، وفرض المسألة ألا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه، فلو حصل نقص منع من الرد ووجب الأرش وأما إذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب فى جواز الرد، فالذى قاله المصنف - رحمه الله - ورجحه: الجواز للضرورة، وهو فى ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا، وقال: إنه أصح وأشهر فى المذهب، ونسبه ابن الصباغ إلى أكثر الأصحاب.

وقال الرويانى - رحمه الله -: إنه المذهب، ووافقهم ابن أبى عصرون وهو مقتضى إطلاق نص الشافعى - رحمه الله - فإن الشيخ أبا حامد نقل أنه قال فى القديم: إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء، وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعى - رحمه الله - إلا فى القديم.

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح، والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف - رحمه الله - لكن الرويانى فى البحر مع قوله عن الأول: إنه المذهب قال: إن هذا الوجه أقيس، وجزم به الجرجانى فى المعاياة، وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره فى كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة.

وكلام الرافعى - رحمه الله - يشعر بترجيحه فإنه ذكر الوجهين فى ذلك وقال:

---

(١) فى أ: الأم.
(٢) فى أ: أو.

وسنذكر نظيره فى الرهن.

ثم ذكر فى الرهن: إذا رهنت الأم دون الولد.

[إن صح][(١)] أنهما متبايعان جميعا وإلا يفرق بينهما.

وكذلك وافقه على تصحيح هذا فى الرهن القاضى حسين والماوردى والمحاملى فى التجريد من تعليقة أبى حامد والبغوى فى التهذيب والمتولى فى التتمة، ومنهم من يقطع بذلك، فإذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معا ولا يفرق بينهما، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغى ههنا كذلك، وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعى - رحمه الله - وقال[(٢)] الجرجانى: إلا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع فى الرهن والرد بالعيب، وسأذكر له فرقا إن شاء الله تعالى.

وقد يقال: إنه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنع الرد هنا؛ لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها.

وطريق الجواب عن المصنف فى ذلك أن يفرض فيما إذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشترى إلا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرش، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد، ثم ههنا كلامان.

**أحدهما**: ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعى - رحمه الله - هو فيه تابع للشيخ أبى حامد، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر، فإن الشافعى - رحمه الله - له نصان فى المختصر.

**أحدهما قوله**: ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير؛ لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفريقا، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة إلجاء الرهن إليه، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها، والتفريق بينها وبين ولدها، لكن طائفة من الأصحاب قالوا: معناه

---

(١) فى أ: أن الأصح.

(٢) فى أ: وقاله.

أنه لا تفرقة فى الحال، وإنما التفرقة عند البيع، وحينئذ يباعان معا.

ويحذر من التفريق فإن أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون فى تفسيره كما رأيت.

والتفسير الثانى هو الصحيح لعدم إفضائه إلى محذور.

وليس فى النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما فى لفظة الكتاب.

والنص الثانى فى المختصر - أيضا - قبل ذلك-:

فيما إذا وطئ الراهن الجارية المرهونة قال الشافعى رحمه الله: فإن أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا، فإذا ولدت بيعت دون ولدها، وهذا النص أقرب إلى لفظ المصنف - رحمه الله - لكنه يبعد إرادته؛ لأن الولد ههنا فى هذه الصورة حر؛ لأنه ابن الراهن المالك، فالتفرقة ضرورية، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث لا يجوز التفرقة على الأصح؛ لأن الولد هناك مملوك وهنا حر، وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به؛ لأن الولد هنا فى الرد بالعيب مملوك، وهذا لا يخفى عمن هو دون المصنف والشيخ أبى حامد وإن أراد نصا آخر فلم أعلمه، والله أعلم.

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى، وأنه هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب قال فى الرد عليه: ولهذا قال الشافعى رحمه الله: إن الجارية المرهونة إذا حبلت لم تبع ما دامت حاملا، فإذا ولدت بيعت دون ولدها.

وقال صاحب الشامل: إذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون الولد؛ لأنه موضع حاجته.

وقال صاحب التتمة: كالمرهونة إذا علقت بولد حر، والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر جاز بيعها دون الولد.

وقال الرويانى: المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال الشافعى - رحمه الله - فى الجارية المرهونة إذا ولدت حرا: تباع الأم لحق المرتهن دون الولد؛ لأنه موضع حاجته فى الأم.

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم إنما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل؛ لأن الولد الحر يجوز بيع أمه، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة؛ لأنه لا

يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق، وطريق حمل هذا الإشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة وإن كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فإنه لو لم يجز الرد ههنا أدى إلى إبطال حق المشترى من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملك، وإذا كان الولد حرا الفرقة حاصلة، فلا تفريق، بخلاف مسألتنا هنا فإن الرد يوجب التفريق فى الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر.

الكلام الثانى: فى تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع فى الرهن، قد يقال: انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق.

**أحدهما**: الضرورة وإلا لأدى إلى إبطال حق المشترى من الرد، وإلزامه أخذ الأرش وبقاء المعيب فى عقد عسر، فلا طريق له إلا الرد.

وأما الراهن فإنه يجب عليه وفاء دينه، فإن كان مال غيزه وفينا منه ولم يبع، لما قاله الماوردى هناك، وإن لم يكن له مال إلا الجارية المرهونة، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما، فإنا نبيعهما توصلا إلى وفاء الدين الذى التزمه وحجر على نفسه بسببه، وهذا المعنى وحده كاف فى الفرق ومصحح لما ذكره المصنف - رحمه الله -

**والأمر الثانى**: أن هذا التفريق بالفسخ، وقد اغتفروا فى الفسخ ما لم يغتفروا فى إنشاء العقود؛ ألا ترى أن الأصحاب رحمهم الله قالوا: لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب، ثم وجد بالثوب عيبا [فإن][1] له استرداد العبد فى أصح الوجهين؟ ولو وجد مشترى العبد به عيبا فطريقان:

**أحدهما**: القطع بالجواز.

**والثانى**: على الوجهين.

ولو تقابلا حيث لا عيب، وقلنا الإقالة فسخ فعلى الوجهين؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر على المسلم بالفسخ، وإن كانوا لم يغتفروا بإنشاء العقد.

وعلله الغزالى - رحمه الله - فى المسألة الأولى بأن الاختيار فى الرد أما عود العوض إليه فهو قهرى كما فى الإرث واستشكله الرافعى، ورأى أن الأصوب فى

---

(١) سقط فى أ.

توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك، والإمام علله بأن الرد يرد على العقد، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد.

وله فى رد الثوب غرض سوى تملك العبد، أى وهو التخلص من عيبه وهذا الغرض - وهو التخلص من العيب - حاصل فى الجارية إذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فإنه لا غرض إلا التوصل إلى وفاء دينه، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لا بد منها.

وأما الفسخ وحده فليس بكاف؛ ألا ترى أنهم جزموا فى الفلس بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله معيبا ولا ضرورة تدعو إلى التفريق، وإن كان الرافعى - رحمه الله - قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح.

وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال، وحكاه المتولى - أيضا - عند الكلام فى التفريق بالبيع، وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها، والضرورة وحدها لا تكفى؛ ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج، بل نقلوه إلى نصف القيمة؛ لأن استرجاع الشطر تملك جديد.

هذا ما ظهر لى فى تقوية ما ذهب إليه المصنف - رحمه الله - ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج إلى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه فى فرض المسألة إذا رضى البائع بالرد، أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها، وهو بعيد، والأول أقرب، والله أعلم.

التفريع: إن قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك وإن قلنا بامتناع الرد فقد قال المصنف - رحمه الله -: إنه يجب الأرش، وكذلك قاله الجرجانى والرافعى، وعلله الجرجانى بأن الرد كالميئوس منه، ولك أن تقول: إنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير إلا أنه تقدم لنا وجهان عن الإمام فيما إذا كان البائع بعيدا حكيناه فيما إذا رضى أحد المشترين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد.

والأصح منهما الرجوع بالأرش، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة النعل؟ فإن قلنا: بالإجبار فههنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فإن لم يفعل سقط حقه من الرد

وتعين الأرش، ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما إذا لم يحدث عيب جديد.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن اشتراها وهى حامل فولدت عنده فإن قلنا: إن الحمل له حكم، رد الجميع وإن قلنا: لا حكم للحمل، رد الأم دون الولد.**

**الشرح**: هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن.

فالصحيح أنه يرد الجميع، وعلى الثانى يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق، والأصح المنع كما تقدم، خلافا للمصنف - رحمه الله - ويأتى فيه - أيضا - ما تقدم فى الولد الحادث قبل القبض إن حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن، ورجوعه إلى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر، فشرطه على ما قال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص، فإن حصل نقص فلا رد.

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال: قياسه أن يتخرج على الوجهين، يعنى فى العيب الذى تقدم سببه، هل يكون من ضمان البائع؟ أو من ضمان المشترى؟ والأصح أنه من ضمان البائع، فينبغى على ذلك أن يرد، وإن حصل نقص وأيد ذاك بما إذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها، وأن الرافعى - رحمه الله - حكى فى نسبة النقص الحاصل إليه أو إليها وجهين، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد، ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك.

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبغوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف فى كون ذلك مع ضمان البائع، أو من ضمان المشترى جار مع العلم، وفرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجناية على قولنا: إن ذلك من ضمان البائع، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت: ينبغى أن [يكون[1]] الرضا بالعيب قطعا[2] لأثره حتى يكون ما يوجد فى يد

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: قاطع.

المشترى، وإن كان من سببه منسوبا إلى يد المشترى لرضاه لسببه دون البائع، ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل، ولا ما يرده إلا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع، فإن كان الأمر كما قلت فقد اندفع الإشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا، فإن المشترى عالم بالحمل، فكذلك النقصان الحادث عنده منسوب إليه.

وقد وجدت بعد ذاك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد إذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال.

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الإشكال عن الرافعى لتصريحه بالحكمين فى المسألتين على أن الماوردى - رحمه الله - فى أصل المسألة مال إلى أن ذلك من ضمان المشترى، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال إليه هناك فلا يرد عليه شىء، وإن كان [فى](1) الأمر كما ذكره القاضى حسين ومن تبعه، وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب إلى البائع فى عدم منع الرد بغيره مع علم المشترى، وإن لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج إلى تأويل.

والذى خطر لى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل، فإنه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فإن الحمل عيب فإذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد؛ لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته إليه، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب آخر.

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار(2)، وهى الحالة التى كانت عليها عند الإصداق، ولا شك أن الجارية إذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقى النقص الآخر عن حالة الحبال، فالولادة فى يد الزوجة وسببها فى يد الزوج وهو مما فعلت، ولا يندر فيجرى فيه الخلاف، فإن فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الحبال.

الحاصل فى يد البائع، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة، كما فى المشترى ههنا، هذا ما خطر لى فى ذلك، وفيه نظر، والله أعلم.

**فرع**: أطلق الرافعى - رحمه الله - اشتراط عدم النقص بالولادة، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله، والماوردى وابن الصباغ - رحمهما الله - فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشترى، كما فرض[1] المصنف - رحمه الله - ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر، أما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاما فى أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم[2] المشترى هل يكون موجبا للرد أو لا؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا؟ والذى ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالما بتزويجها، فأزال بكارتها قبل القبض، ثم اطلع على عيب بها، هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعى - رحمه الله - والله أعلم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصا فلم يمنع الرد كالاستخدام».**

**الشرح**: هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب:

**أحدها**: أن يردها كما ذكره المصنف، ولا يرد معها شيئا، وهو مذهبنا الذى نص عليه الشافعى والأصحاب، ولم يختلفوا فيه، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور، ولا فرق عندنا فى ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله، ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها، فإن تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ والصحيح لا مهر.

ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشترى كأب وابنه أو لا فإن ذلك لا يمنع الرد.

**والمذهب الثانى**: أنه لا يرد و [لا][3] يرجع بالأرش، وهو قول أبى حنيفة[4] والثورى

---

(١) فى أ: فرضها.
(٢) فى أ: علمه.
(٣) سقط فى أ.
(٤) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٩): (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشترى فإن كان =

وأبى يوسف وإسحاق، وروى ذلك عن عمر وعلى بن أبى طالب وابن سيرين والزهرى.

**والثالث**: أنه يردها ويرد معها مهر مثلها، وهو قول ابن أبى ليلى وشريح فى رواية، وقيل: إنه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر: المهر فى قول ابن أبى ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها.

بذلك صرح عنه غيره.

**الرابع**: يردها ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ، وهو قول ابن شبرمة، والحسن بن حى وعبد الله بن الحسن.

**والخامس**: يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها، وهو قول شريح والنخعى وقتادة، وروى من طريق الشعبى عن عمر.

**والسادس**: يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبى.

**والسابع**: أنها لازمة [له][1]، لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز، وهى رواية عن على بن أبى طالب، فلا يردها ولا يرجع بشىء على هذا القول.

**والثامن**: يردها ويرد معها عشر ثمنها، وهو قول ابن المسيب، وروى عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنانير، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق.

هذا فى وطء الثيب.

وأما البكر فسيأتى الكلام بها فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

---

= من قبله لا يرجع بالنقصان؛ لأنه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد، وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما إذا هلك المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشترى ثم علم أنه يرجع بالنقصان؛ لأن امتناع الرد فى الهلاك لضرورة فوات المحل، وفى النقصان لأمر يرجع إلى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد، ألا ترى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله مع النقصان فأدفع إليك جميع الثمن؟ وإذا كان امتناع الرد لأمر يرجع إليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد فإذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشترى بالرجوع بالنقصان، وسواء كان النقصان يرجع إلى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع إليه كما إذا كان المبيع جارية ثيبا فوطئها المشترى أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب؛ لأن الرد امتنع لا من قبل المشترى بل من قبل البائع، ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة؟

(١) سقط فى ط.

ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر، وهو قول الشعبى والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع إلى أربعة أقوال: يردها ولا شىء معها كمذهبنا، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرش، كمذهب أبى حنيفة، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشىء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز، أو يردها ويرد معها شيئا كمذهب الباقين.

فأما من يقول: بردها ورد شىء معها فالوجه تأخير الكلام عليه، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه، [المذهب][1] الثالث يشارك الثانى فى القول بامتناع الرد عليهما فى ذلك واحد، فليجعل الكلام فى جواز الرد وامتناعه، ومعتمدنا فى ذلك أن وطء الثيب شىء[2] لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعيبها فوجب ألا يمتنع من ردها بالاستخدام، وقولنا: لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف، ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب فى يد المشترى.

وقولنا: ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا.

وهذا الدليل الذى ذكره المصنف، واستدلال الشافعى بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة، يعنى: أن الوطء يمتع ويلذ ويطرب والخدمة تلد وتزيت وتتعب، فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمنع، فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى.

وأيضا بالقياس على وطء الزوج.

وقد اتفقوا على أنه لا يمنع الرد.

ولذلك إذا أكرهها إنسان على الوطء فإن كان وطء الثيب يقتضى وجوب أن يقع وطء الزوجة والمكرهة، فإن لم ينقص وجب ألا يمنع وطء السيد، وبالقياس على ما إذا غصبها المشترى من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن، فلما وفاه وسلمها إليه وجد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم، فإن أعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق، فوطء المشترى مستحق، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فإنه مستحق.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: معنى.

ومع ذلك قالوا بامتناع ردها، فإن اعتذروا بأن منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وإنما يمتنع الرد بوطء السيد لأنه كأنه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمنع وطء الزوج الثيب.

وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشترى لأنها عين حقيقة، والنكاح محل المنافع إلا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة، وإذا كانت مستحقة بالبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع.

فالجواب: أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الإزالة للزوج لا يفيد؛ لأنه مأذون فيها شرعا، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد، وقد تعلق المخالفون فى ذلك بأمرين:

**أحدهما**: أن الصحابة رضى الله عنهم فى هذه المسألة على قولين:

**أحدهما**: أنه لا يرد، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه.

**والثانى**: يردها ويرد معها المهر.

وهو قول عمر - رضى الله عنه - فالقول بأنه يردها ولا شىء معها إحداث قول ثالث وهو غير جائز، وأورده ابن السمعانى والغزالى ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا: إن عليا وابن عمر رضى الله عنهم قالوا: لا يردها.

وعمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما قالا: يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها، وإيراده على الوجه الأول الأشهر، وأقرب فى النقل، والجواب عنه من وجوه:

**أحدها**: ما أشار إليه الشافعى - رضى الله عنه - فى اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال: روينا ذلك عن على.

قال الشافعى: قلت: أفتيت عن على؟ فقال بعض من حضره: لا.

فروينا عن عمر يردها.

وذكر عشرا أو نحو ذلك.

قال الشافعى: قلت: أو ثبت عن عمر؟ قال بعض من حضره: لا قلت: وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله؟ وهذا الكلام من الشافعى - رضى الله عنه - إشارة إلى أنه لم يثبت ذلك عن عمر، ولا عن على رضى الله عنهما.

وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة.

وأمثلها الرواية عن على، فإنه لا يردها ويرجع بقيمة العيب، وهى منقطعة لأنها من رواية على بن الحسين ولم يدرك جده، ولولا ذلك لكانت صحيحة فإنها من رواية ابن أبى شيبة عن حفص بن غياث عن جعفر بن محمد بن على بن الحسين عن أبيه عن جده عن على رضى الله عنهم.

ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعى، فإنه كان قاضى الكوفة، حنفيا جليلا ثقة، ونقله البيهقى من طريق جماعة عن جعفر.

ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة.

ونقل القاضى أبو الطيب أن الشافعى قال فى اختلاف الأحاديث: لا يثبت عن أحد من الصحابة فى ذلك شىء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذى ذكروه، والذى رأيته فى اختلاف الحديث ما ذكرته، ورأيت فى اختلاف العراقيين قال: ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن على، ولا عن واحد منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعى.

وقال أبو المظفر بن السمعانى: قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه فى كتاب فلم أجده وإنما هى حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق، وسعى السواد على البياض، ولم يرد عن واحد من الصحابة شىء سوى على.

**الثانى**: أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت.

ذكره أبو على الطبرى فى مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه.

قال القاضى أبو الطيب: وحكى لنا ذلك - يعنى الرواية عن زيد أبو الحسن الماسرجسى ونقله المصنف فى النكت.

وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع إلى القياس، لكن أبا المظفر بن السمعانى قال: إن هذا النقل عن زيد ليس بصحيح.

**الثالث**: أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره، والقياس بخلافه فيقدم عليه.

**الرابع**: أن مذهبنا موافق لعمر، فإنه أثبت الرد فوافقناه فى أصل الرد.

والاختلاف بعد ذلك فى أنه يرد معها شيئا أو لا، اختلاف فى كيفية الرد.

**الخامس**: أن إحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور فى أصول الفقه، ونحن هنا وافقنا بعضهم فى جواز الرد. وبعضهم فى إسقاط المهر، فلم يكن ذلك خرقا للإجماع.

**الأمر الثاني**: مما تعلقوا به القياس على وطء البكر؛ لأن كلا[(١)] مما يقرر المسمى فى النكاح، وعلى ما إذا زنت، وبأنه ينالها فى ذلك ابتذال وينقصها، فإنه قد يكون المشترى أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرم عليه، فمنع الرد كسائر العيوب.

وتعلقوا - أيضا - بأن الوطء جناية؛ لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة فى الغالب، ولا يباح[(٢)] بالإباحة فأشبه القطع.

و [بأن][(٣)] الرد رفع للعقد من أصله، فلو ردها كان الوطء حاصلا فى ملك البائع، وهذا لا يجوز؛ لأن الوطء فى ملك الغير لا يخلو عن المهر، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر.

فبطل الرد.

وربما قالوا فى هذا: إنه إذا كان واقعا فى ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد[(٤)].

ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطء لا يخلو عن عقر أو عقوبة إلا إذا كان فى الملك، وقد انتفيا عن المشترى بالإجماع.

فلو فسخ يبقى الملك من أصله، فلذلك وجب إسقاط الملك.

وقوله: إنه انتفيا عن المشترى بالإجماع ينبغى أن يؤول: فإنه قد تقدم عن ابن أبى ليلى وغيره إيجاب المهر، وبأن منافع البضع فى حكم الأجزاء، والمشترى أتلفها، فصار كما لو أتلف[(٥)] الولد والزوائد، ويعود البحث فى مسألة الزوائد.

وإنما استدلوا به على أن الوطء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة إلى سيدها، فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالكفارة، فلما صرف إلى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وإن لم تنقص القيمة كيد[(٦)] الذكر والأنثيين، يصرف للسيد وإن لم تنقص المالية بمنفعة البضع، الحكم فى حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد، ومما يدل على أنها فى حكم الأجزاء أن الكافر لا

---

(١) فى أ: منهما.
(٢) فى أ: يستباح.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: نفذ.
(٥) فى ط: تلف.
(٦) فى أ: كبدل.

يملكه على المسلمة، ويمنع من الرد فى خيار الشرط بخلاف المنافع، وذلك أن منافع البضع فى الشرع محترمة مشرفة؛ لأنها سبب النسل فى العالم، فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا.

والجواب أن وطء البكر والزنا منقصان للقيمة، بل زوال البكارة وحدها بغير وطء منقص، والابتذال إن سلمه[1] كالاستخدام، وكون المشترى أبا البائع أو ابنه لا يعتبر فى معيوب شخص من الأشخاص، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشىء ولا يؤثر إلا ما له أثر فى المالية.

وقولهم: إنه جناية ممنوع؛ لأن الجناية تنقص القيمة.

وهذا بخلافه.

ولو كان جناية لمنع من الأجنبى إذا وطئ مكرهة ومن الزوج.

وقولهم: لا يباح بالإباحة.

ينتقض بما دون الوطء.

هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطء من الاستمتاعات مانع الرد أيضا، فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم: لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجناية قد تخلو من المال، والعقوبة إذا قال الرجل: اقطع يدى فقطعها.

وعن قولهم: الرد فسخ للعقد من أصله تقدم ثم أثر ذلك إنما يظهر ذلك فى الأعيان أما المنافع البعضية فلا.

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع، وهو جائز وإيجاب المهر فى البضع عن المنفعة، والسيد يستحقها، فلا ضرورة إلى تقديرها جزءا، وتقدير المهر بعيد، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به فى المرابحة، ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شىء، ولا يضمنه الغاصب عندهم، وإنما لم يملكه الكافر على المسلمة؛ لأن فيه إدخال ذل على الإسلام، والوطء فى خيار الشرط فيه وجهان، فإن سلمه[2] فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا، فههنا وطئ قبل العلم

---

(١) فى أ: سلم.
(٢) فى أ: سلم.

بالخيار، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع فى حكم ملك البائع؛ لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف إلا بالقبض فبقى على ملك البائع، فلم يجز أن يجعل جناية.

وهذا ضعيف، فهذا ما تيسر ذكره.

وحرف المسألة: أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة، والشافعى لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها، ولا ينقص من قيمتها شيئا، فإن فرض وطء ينقص القيمة، فليس فرض المسألة، والله أعلم.

واعلم أن أصحابنا اختلفوا فى أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد، وعلى أنه لا يجب المهر إلا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به إنما هو فى الأعيان، أما المنافع فلا، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه، وإلا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغى وجوب المهر، وقد حكى القاضى حسين فيما إذا وطئ المشترى الجارية المبيعة الثيب قبل القبض، ثم ماتت، أنه هل يغرم المشترى للبائع المهر؟ على وجهين إن قلنا ينفسخ من الأصل غرم وإلا فلا، وقياس ذلك أن يأتى فى الرد بالعيب، ولم أرهم ذكروه، وبتقرير ثبوته فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشترى، وبقاء علقة ملك البائع، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض، وفيه نظر، هذا ما يتعلق ممن يقول بمنع الرد.

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغا ما بلغ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم.

وأما من قال: يردها ويرد شيئا يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها.

وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشىء فبعيد.

فإن العيب القديم يجب الرجوع بأرشه إذا امتنع الرد.

اللهم إلا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش، والله أعلم.

فرع: هذا كله فى وطء المشترى، فلو وطئها البائع أو الأجنبى بعد القبض بشبهة

فهو كوطء المشترى لا يمنع الرد، وإن كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد، وإن كان قبل القبض، فإن كانت زانية فعيب يوجب الرد، وإن كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبى للمشترى، وأما البائع ففى وجوب المهر عليه وجهان، بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض إن قلنا كآفة سماوية لم يجب وإلا وجب، وهما كالوجهين فى الانتفاع بالمبيع قبل القبض، فإن ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر وإن قلنا من حينه فوجهان بناء على القولين فى جناية البائع، قال ذلك القاضى حسين، وإن ماتت بعد وطء الأجنبى قبل القبض فإن قلنا: ينفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع وإن قلنا من حينه فللمشترى، قاله القاضى حسين.

وفى وجوب الحد على البائع إذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان فى التتمة، هذا فى الثيب أما فى البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى إن شاء الله تعالى.

فرع: ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد.

استثنى القاضى حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك، فإنه لا يمنع به الرد، ذكر ذلك فى جوابه عن اعتراض الحنفية.

وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده فى الإباحة والسرقة إذا حدثت ولم تنقص القيمة.

قال: لأنها عيب من طريق الحكم، يعنى بخلاف البرص ونحوه إذا زاد، فإنه عيب من حيث المشاهدة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجد العيب وقد نقص المبيع - نظرت فإن كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة - لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع وبه عيب، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه، وينتقل حقه إلى الأرش لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش».**

الشرح: النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر، فلذلك قال المصنف: المعنى أى حاصل فى المبيع، وامتناع الرد فى افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة إذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرش، لا خلاف فيه عندنا؛ لأنها عيوب حادثة فى يد المشترى، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف فى

وطء البكر ومذاهب السلف، قال ابن جريج والنخعى: يردها ونصف عشر ثمنها، وتقدم فى وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة فى الوطء والظاهر أنها مطردة فى البكر، وكلها ضعيفة، واتفقوا فى البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجانا؛ لأن المتقدمين أجمعوا على قولين:

إما امتناع الرد.

وإما الرد مع الأرش، وجعلوا ذلك مثالا لامتناع إحداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولا سيما هنا فإن فيه دفع ما أجمعوا عليه.

وقد تكلم الشافعى فى المختصر على افتضاض البكر فقال: وإن كانت بكرا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعيبة من الثمن.

ثم تكلم بعد عن مسائل، تكلم عن حدوث العيب عند المشترى فقال: فإن حدث عنده عيب كان له قيمة العيب إلا أن يرضى البائع أن يقبلها ناقصة، فيكون ذلك له إلا أن يشاء المشترى حبسها، ولا يرجع بشىء، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها، وجزموا فى وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا فى مسألة حدوث العيب: إنه يمنع[1] الرد وبه قال ابن سيرين والنخعى والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره، والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة، وقال الشعبى: أبطل الآخر الأول.

وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشىء، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور إلى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة.

وقال الماوردى: إن أبا ثور روى ذلك عن الشافعى - رضى الله عنه - فى القديم وهذا يرجع إلى الوجه المشهور الذى فى طريقة الخراسانيين فيما إذا طلب المشترى الرد مع الأرش، والبائع أعطاه الأرش وبقاء العقد، وبالعكس من إيجاب كل منهما، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

ولذلك قال المرعشى: قطع الثوب من الصور التى فيها قولان:

**أحدهما**: يرده وأرش القطع.

---

(١) فى أ: يمتنع.

**والثانى**: يأخذ الأرش، فلا تنافى بين الكلامين، ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش، أو ليس له أخذ الأرش إلا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى - رضى الله عنه - فى المختصر والأصحاب؟ فيه بحث ينبنى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة إلى الرد وبدل الأرش أو لا؟ إن قلنا بالأول وجب وإن قلنا بالثانى أو الثالث لم يجب.

وسيأتى الكلام فى ذلك إن شاء الله تعالى، واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده، فإن امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار فى وطء البكر أو لا؟ الأقرب الأول.

وإطلاق كلامهم يقتضيه، وإنما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لأنهم ذكروه عقب وطء الثيب، والبحث فيها مع الحنفية، فإنا نوافقهم على أن وطء البكر مانع، ويحتمل على بعد أن يقال: هما مسألتان فوطء البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء، أو قطع طرف من أطرافه، أو قطع إصبع زائدة، سقط حقه من الرد، وينتقل إلى الأرش جزما إلا أن يرضى البائع بالرد، والعيوب التى تنقص القيمة فقط يجرى فيها خلاف أبى ثور، والوجوه التى ستأتى، فعلى الوجه الذى يقول بإجابة المشترى لم يسقط حقه من الرد، بل حقه فى الرد باق مع إعطاء الأرش، إما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرش كما تقدم، وسيأتى إذا اتبعنا رأى المشترى.

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب نقل الإجماع على أنه إذا قطع طرف من أطرافه فى يد المشترى ثم وجد به عيبا قديما أنه لا يجوز له رده، ووضع الشافعى والمصنف من الخلاف كابن المنذر وغيره مسألة الوطء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها، وما تقدم عن الشعبى عامة قال فى الجارية توطأ: يردها ويرد معها حكومة، وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول، وهذا يقتضى التغاير بين المسألتين والأول أوفق لإطلاقهم ولعموم كلام الشافعى فى المسألة الثانية، ولكلام المصنف فإنه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة وليس فى الثانى والثالث فوات جزء [ولا ينحل](1) أن هذه الثلاثة مشتركة فى أنها صادرة من المشترى

(١) فى أ: ولا يتخيل.

فتكون محل الجزم، ويخص الخلاف فى يد المشترى، فالأقرب أن العيوب كلها سواء فى منع الرد الذى لم يضم معه الأرش أما إذا ضم معه الأرش فعلى ما سيأتى.

وعلى رأى المصنف وهو الصحيح على ما سيأتى يمتنع مطلقا إلا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقد على الصحيح فلذلك صح إطلاق المصنف هنا، ومحل الاتفاق - أيضا - ما لم يكن العيب الحادث له سبب متقدم، فإن كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدما، ومن ذلك ما إذا اشترى بكرا مزوجة جاهلا فافتضها الزوج وقد تقدم.

وممن صرح به هنا القاضى حسين، وتقدم فيه بحث، وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل: لأن أبا حنيفة وافق فى وطء البكر وخالف فى قطع الثوب ففيه[1] قياس أحدهما على الآخر، وقوله: وطء البكر محمول على افتضاضها، فلو كانت غوزاء فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب بما يظهر.

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام، سأفرد لها فرعا فى آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

وقوله: «من غير رضاه» مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك.

لكن فيه بحث فإن قوله فى أول الكلام: نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين، ولكنها فى حكم الوصف كزوال البكارة فإن جلدة البكارة - وإن كانت عينا - لكنها لا تقابل بقسط من الثمن، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شىء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن، كاحتراق بعض الثوب، فأما القسمان الأولان فجواز الرد إذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغى أن يكون كما إذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع، والأصح جوازه، وقد تقدم فيه أنه لا يجوز.

إذا قلنا: لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق ألا يكون له أمد ينتظر.

فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور فى طريقة الخراسانيين سأذكره فى التنبيه الذى فى آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

---

(١) فى أ: فنبه على.

وقوله: «وينتقل حقه إلى الأرش» ظاهره أنه لا حق للمشترى فى الرد لا على التعيين، ولا على التخيير، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة، وسنعيد الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

وقوله: «لأنه فات جزء من المبيع» إنما يظهر فى القسم الثانى والثالث المتقدمين. أما الأول وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا، إلا أن يتجوز فى إطلاق اسم الجزء عليها، ويدلك[1] قوله: بدل الجزء الفائت، لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالأرش، فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرش فى مقابلته لكنه ليس جزءا حقيقيا، وإلا لزم أن يسقط من الثمن شىء فى مقابلته، وإن رضى المشترى بالرد، وألا يصح بيع أصلا حتى يحصر الأوصاف التى يجب الأرش بفواتها، وهى غير محصورة ويستثنى من قول المصنف، وينتقل حقه إلى الأرش ما إذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة، فإنه لا أرش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى.

ويؤخذ من قول المصنف أن الأرش بدل عن الجزء الفائت، فيكون جزءا من الثمن، فليس عرفا جديدا، وسيأتى الكلام فى ذلك.

**تنبيه**: هل يشترط المبادرة بإعلام البائع؟ قال المتولى والبغوى والرافعى: إن المشترى يعلم البائع بالحال فإن رضى به معيبا قيل للمشترى: إما أن ترده، وإما أن تقنع به معيبا، ولا شىء لك، وإن لم ترض فلا بد من ضم الأرش، صرح الرافعى والبغوى من بعد بأنه لو أخر الإعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش إلا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى.

**قلت**: وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد، فإن امتنع البائع انتقل إلى الأرش، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف، وما حكيته من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فإن ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرش إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبا، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الإمام فى باب السلم، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش إلا الطلب الجازم.

---

(١) فى أ: وكذلك.

وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمتها من وطء شبهة ففى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين.

عبر عنهما البغوى بقولين والغزالى بوجهين:

**أحدهما**: يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش.

**والثانى**: لا كغيره من العيوب وعلله الغزالى بقدرته على طلب الأرش.

**فإن قلت**: هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر فى التأخير قطعا.

ويكون الإعلام لطلب الرد والأرش على الفور وهو ما قاله الرافعى.

**قلت**: يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان فى أن له الرد بعد ذلك.

وأن ذلك عذر فى تأخير الرد أم لا؟ فإن جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن.

وإن لم نجعله عذرا تعين حقه فى الأرش والاحتمال الأول أقرب إلى كلام الغزالى وعليه جرى الرافعى.

فإن الغزالى صرح على قولنا ألا يعذر أنه أبطل حقه.

وظاهر ذلك حقه من الرد والأرش جميعا.

فيقتضى أن طلب الأرش على الفور.

فهم ابن الرفعة من كلام الغزالى أن الوجهين فى تأخير طلب المشترى الرد مع بدل الأرش.

ثم قال: إنه لا يبعد جريان مثلهما فيما إذا قلنا: إن حقه فى طلب الأرش عن العيب القديم فأخر طلبه إلى زوال الحادث، وبه صرح فى الشامل فى نظير ذلك إذا علم عيب الجارية بعدما حملت.

والحمل ينقصها يرجع الأرش.

وقيل للمشترى: أمسكها حتى تضع ويردها.

وقد تقدم ذلك والذى أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال، جرى الوجهان فى جواز التأخير إلى الرد من غير أرش أو طلب الأرش الآن.

لكن هل تتعين الفورية فى طلبه أو لا؟ فيه ما سلف عن الغزالى والرافعى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها.

ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرش وبين طلب الأرش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان.

نعم يلتف ذلك على البحث الذى تقدمت الإشارة إليه هل حق المشترى أولا فى الرد؟ أو فى طلب الأرش فإن قلنا: بالأول يظهر الخلاف فى كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا وإن قلنا بالثانى يظهر سقوط حقه من الرد.

ولا يعين الأرش إلا برضا البائع، ولا تشترط الفورية.

هذا ما يتضح عندى فى ذلك، والله - عز وجل - أعلم.

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الأرش.

ويرد بعد الوضع.

وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعا ولا يجب المبادرة إلى أخذ الأرش، ولذلك صرح صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش، لا يكون على الفور، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة.

**فرع**: زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد، سواء أكان بوطء المشترى أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بآلة الافتضاض أو بغيرها كإصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد إلا إذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى حسين.

**أصحهما**: عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع.

وقال صاحب التتمة: إنه مانع فى صورة العلم دون الجهل، وهو الأصح، وإن كان زوال البكارة قبل القبض فإن كان من الزوج فإن جهل المشترى الزوجية فلا إشكال فى أن ذلك موجب للرد، فضلا عن كونه غير مانع، وإن علم المشترى الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب، فى موضعين، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعا من الرد بغيره أو لا؟.

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته، وإن كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو

مطاوعة، وسواء أكان الواطئ عالما أو جاهلا، والتفصيل فيه أنه إن كان من أجنبى فإن كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها، وإن افتضها بآلته فعليه المهر، وهل يدخل فيه أرش البكارة، أو يفرد؟ فيه ثلاثة أوجه .

**أصحها:** عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا.

**والثانى:** يفرد، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبا.

**والثالث:** يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى جزم به الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب الشرط الذى يفسد البيع والرافعى هناك أيضا.

ثم المشترى إن أجاز العقد فالجميع له، هكذا أطلق الرافعى، وهو كذلك إن تم العقد.

وأما إن ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبى يدها ثم ماتت فى يد البائع فأرش القطع للبائع، وفى مهر مثل الثيب وجهان إن قلنا ينفسخ من أصله فهو للبائع وإن قلنا من حينه فللمشترى.

وهذا الذى قاله القاضى حسين متعين، وإن فسخ المشترى العقد قال الرافعى: فقدر أرش البكارة للبائع لعودها إليه ناقصة والباقى للمشترى.

فأما قوله: أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضى حسين.

وأما قوله الثانى للمشترى فينبغى أن يكون ذلك على قولنا إنه ينفسخ من حينه.

أما إذا قلنا ينفسخ من حينه[1] فيكون الجميع للبائع كما تقدم فى كلام القاضى عند التلف.

وأما إذا افتضها البائع، فإن اختار المشترى فلا شىء على البائع إن قلنا: جنايته كالآفة السماوية، وإن قلنا: كالأجنبى فحكمه حكمه.

هكذا قال الرافعى تبعا لصاحب التهذيب.

واختلف جواب القاضى حسين فيها، فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما إذا كان بغير آلة الافتضاض: يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله: فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل، وقلنا: جنايته كجناية الأجنبى أنه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها؟ قال: كما لو باع عشرة

---

(١) فى أ: أصله.

آصع حنطة بعشرة دراهم، ثم أتلف البائع صاعا منها قبل القبض، يسقط عن المشترى عشر الثمن، ولا يقول: يجب على البائع مثله؛ لأنه عامد[1]، هكذا قاله القاضى ودعواه فى هذه الصورة ممنوعة أيضا، بل مقتضى التفريع أنه إذا أجاز المشترى يجب عليه مثله.

قال القاضى حسين: فيما إذا وطئها البائع وافتضها، وجعلنا جنايته كجناية الأجنبى، وأجاز المشترى وقلنا: أرش البكارة ينفرد، ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها، فذلك القدر من الثمن يسقط إن نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره، ويجب من مهر مثلها ثيبا إن جعلناه كالأجنبى وإن قلنا أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر مثلها [بكرا مثلا][2] مائة، وثيبا ثمانين، فخمس مهرها بكرا أرش البكارة، إن جعلناها كجناية الأجنبى، سقط من الثمن بحصته وفى أربعة أخماس الثمن وجهان، فإن ماتت فى يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن.

وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع.

وهل يغرم مهر مثلها ثيبا؟.

إن قلنا: الفسخ رفع من أصله لم يغرم.

وإن قلنا: من حينه، وجناية البائع كالأجنبى غرم.

[هذا التفريع للقاضى][3] حسين، فإنه لم يفرع إلا على قوله الأول، وفيه مخالفة كما قاله الرافعى فى إلحاقه بالأجنبى مطلقا، وإن فسخ المشترى فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبا؟ إن افتض بآلته يبنى على أن جنايته كالآفة السماوية يجب أم لا؟ وهكذا قال الرافعى ومقتضاه أنا إن قلنا: كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح.

وإن قلنا كالأجنبى وجب وينبغى إذا قلنا: إن جنايته كالأجنبى فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله، أو من حينه.

إن قلنا: من أصله لم يجب - أيضا - وإلا وجب.

وفى هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبى قبل القبض لا يمنع الرد

---

(١) فى أ: عاقد.
(٢) فى أ: مثلاً بكرًا.
(٣) فى أ: تفريع القاضى.

بالعيب القديم، بل هذا عيب آخر مثبت للرد، وأما إذا افتضها المشترى قبل القبض فيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها.

وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم، فإن سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله، وإن تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن.

وهل عليه مهر ثيب؟ يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه، هكذا قاله الرافعى، وجعل القاضى حسين ذلك تفريعا على قولنا: إن أرش البكارة يفرد عن المهر، فإن قلنا لا يفرد قال فيتقرر على المشترى من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة. وفى الباقى من المهر الوجهان.

وبين التقديرين اختلاف، فإنا إذا أفردنا أرش البكارة وكان عشرين مثلا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن.

وإذا لم يفرد وكان مهرها - بكرا - مائة، أو - ثيبا - ثمانين فأرش البكارة الخمس، فيتقدر خمس الثمن، ولنفرض القيمة واحدة فى المثالين، فإذن ما ذكره الرافعى إنما يجىء على القول الضعيف.

فإن الصحيح أن أرش البكارة يدخل فى المهر.

وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشترى كوطء الأجنبى. وهو الصحيح.

وهذا التقرير على طريقة القاضى حسين والرافعى هنا.

وأما على طريقة الشيخ أبى حامد والرافعى فى باب فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكارة متعين ولا يخفى الحكم.

وفى وجه افتضاض المشترى قبل القبض وافتضاض الأجنبى.

وفرق القاضى حسين بأن ضمان الجناية بالشرع، فروعى فيه واجب الشرع، وهذا ضمان معاوضة، فروعى فيه موجب العقد، والعقد اقتضى التقسيط على الأجزاء، فلذا قال الفارقى تلميذ المصنف: تكلمت يوما فى هذه المسألة فى حلقة الدامغانى قاضى القضاة وهى من مفردات أحمد، فقلت: قضية العقد التسوية بين المتعاقدين.

وحق الرد ثبت للمشترى إذا لم يحدث عنده عيب؛ لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم، فلما فات أثبتنا له الرد جبرا لحقه، فإنه لو أخذ منه الثمن الذى بذله فى مقابلة السليم وجعل على المعيب فكان إخلالا بالنظر، وترك التسوية بينهما، فلذلك إذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد؛ لأنا لو جوزنا له ذلك أفضى إلى الإضرار

بالمنافع؛ لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما فلا يجوز رده إليه معيبا تسوية بين جانبه وجانب المشترى.

فقال لى: هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد، فلم رجحت جانب البائع على جانب المشترى، حتى ألزمت المشترى المعيب؟ فقلت: هذا فى قضية النظر لا يلزمنى؛ لأن مقصودى بيان امتناع الرد على المشترى، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما، فلا حاجة إلى بيان الترجيح.

ثم أشرع ببيانه فأقول: إنما رجحت جانب البائع على المشترى؛ لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع بعيبين عظم الضرر فى حقه؛ لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه.

فإنه جزء من ملكه الذى كان ثابتا له، والمشترى لم يكن فى ملكه شىء ففات عليه، وإنما قصد تحصيل شىء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة، وليس الضرر فى حق من فاته شىء كان له حاصلا، كالضرر فى حق من لم يحصل له ما قصده.

**قلت**: قوله: إنها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبى ثور.

رواه عن الشافعى ويوافقه أحد الأوجه فى المذهب، وهو مذهب مالك [أيضًا][(١)] على تفصيل عنده.

**فرع**: أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقه أمران:

**أحدهما**: أنا سنحكى حكاية عن صاحب البيان - وجها ضعيفا - أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا.

**الثانى**: لو قال الزوج لها: إن ردك المشترى بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول، ثم وجد بها عيبا قال الرويانى فى البحر: قال والدى - رحمه الله -: الأظهر عندى أن له الرد؛ لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل، ولا يخلف النكاح عنده، قال الرويانى: ويحتمل أن يقال: ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهنى من كلام الغير[(٢)] ما يعضد هذا الاحتمال، وأنه لو زوجها المشترى للبائع ثم علم

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: غيره.

عيبها لم يكن له أن يردها عليه، وإن كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة.

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله إن قلنا بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح وإن قلنا بالثانى فوجهان:

**أحدهما**: لا يصح للمقارنة، قال الرويانى: ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أى لمصادفته زمان البينونة، فيؤدى إيجاب القبول إلى إلحاق الضرر به.

**والثانى**: يصح كما ذكره والد الرويانى، ولأن الزوجية فى مثل هذا الحال لا تعد عيبا، والأقرب أنه يمتنع لما قاله الرويانى، ولما قدمته، وحينئذ يبقى كلام المصنف على إطلاقه.

**فرع**: إذا وجد المشترى العيب فقبل رده مع كونه فى الرد جاء البائع وقطع يده، ففيه وجهان:

**أحدهما**: له الرد، قال الرويانى: وهو الأظهر عندى.

**[والثانى]**(١) لا لأنه عيب حدث فى يد المشترى.

**قلت**: هكذا أطلق هذين الوجهين، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشترى، [ومحل ذلك إن نظر](٢) فى جميع العيوب الحاصلة فى المشترى من جهة البائع فيطرد ذلك فى زوال البكارة من البائع وغيرها، والكلام المتقدم فى زوال البكارة يخالفه.

**فرع**: من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق شعره؛ لأنه ينقص من ثمنه، قاله أبو عاصم العبادى.

**فرع**: اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور، وبه قال البغوى: أنه ليس له الرد إلا برضا البائع، وقال القاضى حسين فى فتاويه: إن لم تنقص قيمته له أن يرد، وإن نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته، وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: من الرد ويحتمل أن يطرد ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: **«فإن قال البائع: أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع من الرد للعيب الحادث فى يده، فإذا رضى به صار كأنه لم يحدث عنده عيب، فلم يكن له غير الرد، وإن قال المشترى: أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث عندى لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب [به](1) عند البائع فقال: خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشترى قبوله»**.

**الشرح:** هذان نوعان من المسألة المتقدمة، ولا شك أن للبائع والمشترى عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا:

**أحدها**: أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث، فذلك له وليس للمشترى بعد ذلك إلا أن يمسكه مجانا أو يرده، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم، ولا يكلف البائع الأرش، وهذه الحالة هى المسألة الأولى من كلام المصنف هنا.

وقوله: «لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الرافعى ويقتضى أن حقه الأصلى هو الرد لا الأرش.

**الثانية**: أن يتفقا على إمساكه وأخذ أرش العيب القديم، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد إليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما إذا تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار، عند إمكان الرد، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد، وهى لا تقابل، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع.

**الثالثة**: أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعى، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض؟ فيرد السؤال المتقدم، ويكون هنا أقوى؛ لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث، ويرد الرد عليها [كما فى رد الصورة](2)، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: بدل اللبن فى المصراة.

عند المشترى، وهو مقابل ببعض الثمن فإذا رد الباقى برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن، وبقى ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد.

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه إلا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع، وفى كلام الإمام فى مسألة الحلى ما يشهد للاحتمال الثانى، والله أعلم.

وقال [الإمام][1]: إن القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو إلى الإمساك يقول: إذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الإقالة.

**قلت**: وذلك لا يدفع الإشكال، فإن الإقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشترى الأرش، فإن ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاه كلام الإمام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشترى بل لا بد من إحضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الإمام فى مسألة الحلى، وسأذكرها إن شاء الله تعالى، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد الثمر معها، وفى معرفة قدر الأرش الذى يرده المشترى عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم إن شاء الله تعالى.

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرش المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك، وسنبينه إن شاء الله تعالى.

لكن الإمام قال هناك: ومما يجب التنبيه له أنا إذا قلنا فى العيب الحادث - حيث كان لازما فى الصفقة -: إن المشترى يضم أرش نقص العيب الحادث إلى المبيع، ويردهما، فهذا فى أصل وضعه إشكال، فإن التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه ألا يتعدى المعقود عليه، والرد كاسمه، فتقدير إدخال ملك جديد فى التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة إلا أن يقول: الرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشترى أرش المعيب، بتأويل تقدير الضمان فى

(١) سقط فى ط.

حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد، فيضم الأرش إلى المبيع المردود، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أشرت إليه وليس أرش العيب الحادث مردودا.

ولو قال الراد: أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرش جرى فى عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئا لم يرد عليه العقد، وهذا يدل لما سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب أن الأرش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام فى كل عيب حادث، أو خاص بما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فيه نظر.

**الحالة الرابعة**: إن تنازعا فيذعن[(١)] أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن[(٢)] الآخر إلى الإمساك وغرامة أرش العيب القديم، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشترى، وهى المسألة الثانية فى الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع، وقد يكون طالب الرد هو البائع، والمشترى يطلب الإمساك وأخذ الأرش ولم يذكرها المصنف هنا، ومقتضى إطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشترى لأنه جعل الواجب له الأرش إلا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا، وهو هنا لم يرض بالرد إلا مع الأرش، وما اقتضاه كلام المصنف فى الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن[(٣)] إلى الإمساك لما فيه من تقرير العقد، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند إلى أصل العقد؛ لأن قضيته ألا يستقر الثمن بكماله إلا فى مقابلة السليم، وضم أرش العيب الحادث إدخال شىء جديد لم يكن فى العقد، فكان الأولى أولى.

**قلت**: وهذا فيه تقوية لما أبديته من الإشكال فى أخذ الأرش من المشترى وقد تقدم ما فيه، ووراء هذا وجهان آخران فى طريقة الخراسانيين حكاهما غيره:

**أحدهما**: أن المتبع رأى المشترى، ويجبر البائع على ما يقوله؛ لأن الأصل ألا يلزمه تمام الثمن إلا بمبيع سليم، فإن تعذر ذلك فوضت الخيرة إليه، ولأن البائع

---

(١) فى أ: فندعو.
(٢) فى أ: وندعو.
(٣) فى أ: يدعو.

ملبس بترويج المبيع، فكان رعاية جانب المشترى أولى، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد، قال الرافعى: وعن أبى ثور أنه نصه فى القديم.

قلت وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبى ثور، وأنه رواه فى القديم، لكن محله هناك فى إجابة المشترى إلى الرد، وأما إجابته إلى الإمساك أولى للمعنيين المتقدمين.

**قلت**: قد يكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشترى إلا فى الرد مع الأرش، ولا يسوغ أخذ الأرش كما هو ظاهر قوله: إنه يرد السلعة، فأرش العيب.

**والوجه الثانى**: وهو الثالث من الأصل: أن المتبع رأى البائع؛ لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الأوجه الثلاثة، تحصل فى كل من الصورتين وجهان، وهما فى الثانية مستويان عند الصيدلانى.

وذكر الشيخ أبو محمد فى السلسلة الصورة الأولى التى فى الكتاب، وهى إذا طلب المشترى الرد وغرامة أرش الحادث.

وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما إذا اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثانى عيبا وأراد ضم قيمة التالف إليه وانفسخ[1] فيهما إن جوزنا هناك أجبنا هنا وإلا فلا، بل يغرم البائع أرش القديم، وهذا البناء يقتضى ضعف القول بإجابة المشترى؛ لأن الأصح هناك عدم إجابته فى ضم قيمة التالف، وأيضا فإن القولين المذكورين مفرعان على امتناع إفراد الموجود بالرد، وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف.

وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين فى الصورة الثانية على القولين فيما إذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا، وقلنا له رده هل للبائع الأرش؟ قولان.

إن قلنا: له، أجبنا البائع هنا، وإلا فلا.

**قلت**: والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرش كذلك هنا.

الأصح: أنه لا يجاب البائع فى هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينا إن شاء الله تعالى.

**فروع**: الأول: لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد

---

(١) فى أ: الفسخ.

على الصحيح المنصوص فى البويطى.

وفيه وجه ضعيف جدا.

وقال ابن الرفعة: إن الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله، يعنى عن قرب، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد قولا واحدا، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه، وقد تقدم ما يقتضى إثبات خلاف فيه، وكذلك هو فى التتمة، وإن زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب.

وقيل وجهان، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردها؟.

ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشترى أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه، فهل له الفسخ ورد الأرش؟.

فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب.

فأعطيناه الأرش من غير عفو، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال: والأصح: أنه ليس له ذلك.

**قلت**: وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ، وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ، ولو تراضيا وقضيا، فالأصح أن له الفسخ.

قال الرافعى: وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشترى، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث فى يد المشترى إلا فى الأقل، ولعله احترز بذلك عما إذا قطع إصبعه الزائدة، فإن القاضى أبا الطيب قال: عندى أنه يمتنع الرد، وتبعه ابن الصباغ والعجلى، لكنى رأيت فى التهذيب أنه لو باع أقلف فختنه البائع قبل التسليم وبرئ أو كان به سن شاغية أو إصبع زائدة فقلع السن وقطع الإصبع قبل التسليم وبرئ فلا خيار للمشترى.

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب، ولذلك لم يرد به على البائع، لكن فى كونه مانعا من الرد نظر إذا لم يكن عيبا، فإن قيل: لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته غرض، فينبغى أن يكون كذلك إذا حدث قبل

القبض أن يثبت الرد به.

أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزما، فإن صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضى أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعى، وإلا فيصح أن يقول: كما لا رد به على البائع إذا حدث فى يده قبل القبض يمنع الرد إذا حدث فى يد المشترى، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شىء، وسيأتى.

وصاحب التتمة خالف القاضى أبا الطيب، ولو أخصى العبد ثم علم عيبا قديما فلا رد وإن زادت القيمة، ولو نسى القرآن أو صنعة ثم علم به عيبا قديما فلا رد لنقصان القيمة.

ولو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته فى يد المشترى ثم علم عيبا فله الرد، وإن حرمت على البائع؛ لأن القيمة لم تنقص بذلك، وقد تقدم نظيرها فى وطء الثيب إذا كان البائع أبا المشترى أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد فى الحال.

وفى وجوب الأرش وجهان، إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم، وإن عللنا بتوقع العود فلا.

وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد، وإذا اطلع على العيب القديم بعد الإجارة فإن لم نجز مع المستأجر فهو كالمرهون، وإن جوزناه فهو عيب يرجى زواله، فإن رضى البائع بأخذه مستأجرا رد عليه وإلا تعذر الرد، ففى الأرش الوجهان.

هكذا قال الرافعى وقاله القاضى حسين فى الدرس الثانى بعد أن كان قال: إنه إذا رهنه أو أجره فهل يفسخ فى الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضى مدة الإجارة؟ فيه وجهان: إن منعنا لم نجوز له الأرش. لأن للرهن والإجارة غاية معلومة بخلاف التزويج، وسواء صبر أو فسخ فى الحال فالأجرة للمشترى.

ولو تعذر الرد بغصب أو إباق قال الرافعى: إنه يجرى فيه الوجهان اللذان ذكرهما فى الإجارة، وسيأتى التعذر بالإباق فى كلام المصنف.

وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين فى أخذ الأرش عند الإباق والغصب:

**أحدهما**: نعم: للتعذر.

**والثانى**: لا: لعدم اليأس وقرار الرقيق على نفسه فى يد المشترى تدين المعاملة

أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وإن صدقه [مشترى][(١)] المولى على دين الائتلاف منع منه فإن عفى المقر له بعد ما أخذ المشترى الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشترى الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو إباقته أو غصبه أو نحوها إن مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد.

قال فى التهذيب.

**أصحهما**: لا فسخ.

وإن كان قد دبره أو علق عتقه بصفة، فله الفسخ؛ لأن التدبير يقبل الفسخ.

وكذا التعليق قابل للرفع بإزالة الملك.

قاله القاضى حسين، وهو ظاهر.

وإن زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش؛ لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله.

وقال الرافعى - رحمه الله -: إن بعضهم قطع بهذا.

وإن الرويانى والمتولى اختاراه.

وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف.

قال ابن الرفعة: ولم أر من صرح به.

وأما الكتابة فحكى القاضى حسين فيها وجهين وقال: الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ.

وقال الماوردى: إنه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولاستدراك الظلامة بالنجوم.

وقال الرافعى: الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم، يعنى لأنها فى الحقيقة ماله، وقال فى التتمة: إنه إن امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز، فإنه يجب الأرش.

وقال الرافعى - رحمه الله تعالى -: إن فى التتمة أن الكتابة كالتزويج.

ومراده فى وجوب الأرش.

وأما فى جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب،

---

(١) سقط فى أ.

فليست كالتزويج مطلقا، فقد اجتمع فى الكتابة أربع طرق أصحها أنه كالرهن فلا يفسخ فى الحال ولا يجب الأرش على الأصح، وهى طريقة الرافعى.

الثانى: أنه لا يرجع بالأرش فى الحال قطعا وهى طريقة الماوردى.

الثالث: القطع بوجوب الأرش وهى طريقة صاحب التتمة.

الرابع: أنه ينفسخ.

وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين فى قوله: الأظهر أنه لا فسخ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب، وأنه تبطل الكتابة، وهو أحد الوجهين على القديم، بل يتعين تفريعه على ذلك.

وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه، ولو أخذ الأرش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين فى زوال العيب بعد أخذ الأرش.

فرع: لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما إن لم يعبها نزع النعل، بأن تكون كانت موجودة فى يد البائع وسمر المشترى النعل فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع - فله نزعه والرد، فإن لم ينزع فى هذه الحالة - لم يجب على البائع قبول النعل، والفرق بين النزع هنا والنعل فى يده طلب الخصم أن ذلك إشغال يشبه الحمل عليها وهذا تفريع.

وقد تقدم ما ذكره القاضى حسين فى أن إشغال المشترى بجز الصوف مانع من الرد.

وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الإيراد عليه، ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك، فإن بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ، وإن كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر فنزع؛ بطل حقه من الرد والأرش، وفيه احتمال للإمام.

ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب فإن حصل به نقص كان كسائر العيوب الحادثة فى الأرش، ولو ردها مع النعل أجبر البائع على القبول، وليس للمشترى طلب قيمة النعل، ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشترى؟ فيكون للبائع لو سقط، أو إعراض فيكون للمشترى؟ وجهان أشبههما الثانى.

هذا إذا جرى الترك وحده، فإن حصل لفظ الهبة حصل الملك، وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك فى الأحجار فى باب بيع الأصول والثمار، وليس له على قولنا: إنه لا يملك المطالبة به ما دام متصلا، ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله

ذلك، وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البدل ابتداء، وبه صرح الإمام.

ولو قال المشترى: لا أسمح بالنعل، وطلب الأرش عن العيب القديم لأنه لا يلزمنى المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب.

قال الغزالى: لم يكن ذلك فإنه كالحصر فى مؤنة الرد.

**فرع:** إذا صبغ المشترى الثوب ثم اطلع على عيب قديم، فإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا إشكال فى أن ذلك عيب حادث، وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع، وأما إذا زادت القيمة فقد قال صاحب التقريب، ثم الإمام والغزالى والرافعى: إنه إن رضى المشترى بالرد من غير أن يطالب بشىء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه.

وقد أطلق ابن الصباغ والبندنيجى أنه إذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا ويرجع بالأرش، وحمله ابن الرفعة على ما إذا حصل بالصبغ نقص توفيقا بينه وبين ما قال الإمام، والأولى عندى ألا يحمل على ذلك لما يدل عليه آخر كلامه، بل مراده أنه ليس له الرد إذا لم يسمح بالصبغ فإن سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التى ذكرها صاحب التقريب والإمام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده.

قال الإمام: ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا تزايله، وليس كالنعل.

قلت: لكن فى إدخاله فى ملكه[1] شبه من مسألة اختلاط الثمار، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فإنه تابع والصبغ فوق النعل ودون الثمار، ولو طلب المشترى أرش العيب القديم وقال البائع: رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان:

**أحدهما**: وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد والمجموع وابن الصباغ والمتولى: أن المجاب البائع ولا أرش للمشترى.

**والثانى - وبه قال أبو حنيفة -**: أن للمشترى أن يطالب بالأرش وهذا مما يعين[2] أن كلام ابن الصباغ فى الصبغ الذى حصلت به زيادة.

وإنما أهمل القسم الذى ذكره صاحب التقريب والإمام.

أو يكون لا يختار الإجبار على ذلك.

ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه على إطلاقه.

---

(١) فى أ: ملك البائع.
(٢) فى أ: يبين.

والفرق بين هذه المسألة حيث أجبنا البائع وبين ما إذا طلب أرش العيب الحادث حيث نجيب المشترى على الصحيح ظاهر.

فإن المشترى هنا يأخذ قيمة الصبغ والثمن يستدرك ظلامته، ولا يغرم شيئا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه.

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش، فإنه يجاب قطعا، ولو أراد المشترى الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففى وجوب الإجابة على البائع وجهان.

**أصحهما**: لا يجب، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش إن لم يحمل [كلامه][1]على صبغ تنقص به القيمة.

وقال الرافعى والنووى فى الروضة كما قال.

**أصحهما**: لا يجب قال: لكن يأخذ المشترى الأرش، والإمام لم يتعرض لذلك، وستأتى التنبيهات التى أذكرها الآن - إن شاء الله تعالى - ببيان الحال فيه، وهل ذلك متحتم؟ أو ثم طريق غيره؟ وههنا تنبيهات فى هذا الفرع:

**أحدها**: أن الإمام لما حكى الخلاف فى الطرفين - أعنى طلب المشترى الإمساك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ - شبهه بالخلاف فى الإجبار على ضم الأرش ورد المبيع، وقال: فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث فى طرفى المطالبة قال الرافعى: ومعناه أنه إذا قال البائع: رده مع الأرش وقال المشترى: أمسك، وآخذ الأرش، ففيمن يجاب؟ وجهان، وكذا إذا قال المشترى: أرد مع الأرش، وقال البائع بل أغرم الأرش، وهذا ظاهر للمتأمل فى الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر.

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن إدخال الصبغ فى ملك البائع مع أنه دخيل فى العقد كإدخال الأرش الدخيل فى العقد، هذا كلام الرافعى رحمه الله، ومراده ومراد الإمام أن البائع والمشترى إذا طلب أحدهما الرد ويعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الإمساك مع الأرش، فمن المجاب؟ وجهان:

**أصحهما**: على ما تقدم أن المجاب البائع فى الحالتين.

---

(١) سقط فى ط.

**والثانى**: أن المجاب المشترى فى الحالتين.

وقال الغزالى فى البسيط قريبا مما قاله الإمام.

وقال فى الوجيز: إن إدخال الصبغ كإدخال أرش العيب الحادث، قال الرافعى - رحمه الله تعالى -: ظاهره يقتضى عود الأوجه الثلاثة ههنا، ثم يقال: المجاب منها(١) فى وجه من يدعو إلى فصل الأمر بالأرش القديم، وقد صرح به فى الوسيط، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية إيراد الأئمة أنه لا يجاب المشترى إذا طلب الأرش كما مر.

**قلت**: وكلامه فى الوجيز مع ظهوره فيما قال الرافعى - رحمه الله - يمكن حمله على ما فى النهاية والبسيط.

وأما كلامه فى الوسيط فإنه قال: إن طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع(٢) فى رد الثمن؟ فيه وجهان.

وإن قلنا لا نكلفه قيمته - فهو كعيب حادث، فتعود الأوجه فيه فى أن تملك شىء حادث أولى أو تغريم أرش العيب القديم، وهذا صريح كما قال الرافعى ولكن فيه زيادة إشكال فى بادئ الرأى غير ما ذكره الرافعى، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم إجبار البائع على بذل قيمة الصبغ، ويستبقى [إلى](٣) الرهن إلا(٤) أن هذا هو القول بإجابة البائع، ولا يبقى بعده إلا وجهان: إجابة المشترى أو إجابة من طلب الأرش، فكيف تأتى ثلاثة تفريعات على أحد الوجهين؟ وحل هذا الإشكال بأن يكون المراد أنا إذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشترى والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه فى التقويم فهو عيب حادث، فإن تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ، فإذا قيل: عشرة قوم وبه العيب القديم، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل فى التقويم، فإذا قيل: تسعة، علم أن الفائت درهم، فيبذله للبائع مع الثوب، ويسترجع

(١) فى أ: منهما.
(٢) فى أ: مع.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: إلى.

ثمنه، ويبقى الصبغ فى الثوب للمشترى، فإن تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك، وإن تنازعا فى هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع، فإن اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشترى، فإن أباه سقط حقه، وعلى وجه يجاب المشترى، فإن طلب الأرش عن القديم ولم يرض البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على بذل الأرش.

وإن طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعى إلى الأرش القديم أخذا أو بدلا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الإمام من التشبيه.

وقال: يجوز أن يقول: لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ، ويجبر على قبول أرش العيب الحادث، والفرق أن الأرش غرامة عما فات من ملكه الذى خرج منه، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الإنسان على أخذ ماله أو يبرأ منه، وإجبار البائع على بذل قيمة الصبغ إجبار على تملك شىء مبتدأ، يبذل لا على طريق الغرامة، ومثل ذلك غير مألوف فى الشرع، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالى بعد ذلك: ولم يذهب أحد إلى أن المشترى يبقى شريكا بالصبغ، وتأوله على أن المراد لم يذهب أحد إلى أنه ليس له إلا ذلك أو سقط حقه يعنى بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش.

**قلت:** ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالى بأن المشترى يتضرر بذلك، بخلاف الغاصب، والمشترى إنما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه كالغاصب لا بالتخيير، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه فى التنبيه الثانى، فإن صح هذا التأويل اندفع هذا الإشكال الثانى عن الغزالى، ولم يبق إلا ما ذكره الرافعى، وحينئذ أقول: ما ذكره الغزالى فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم، هل يجاب فيه البائع أو المشترى؟ أو طالب الأرش القديم؟ فرع زائد، وكلام النهاية والبسيط والوجيز ساكت عنه.

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحا بمقتضى ما ذكره فى الوجيز، كما أشار إليه الرافعى - رحمه الله - بل كلامه فى الوجيز فى إدخال الصبغ فى ملك البائع قهرا، وكذلك كلام النهاية والبسيط.

وأما كلامه فى الوسيط ففى إدخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر؟ فلا يكون ما ذكره فى الوسيط وجها ثالثا فى تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعى - رحمه الله -، بل ثلاثة أوجه فى مسألة زائدة، ويجوز أن يكون الأصح منها - أيضا - أن المجاب من يدعو إلى الأرش القديم كما هو الأصح هناك، ولا ينافى إيراد الأئمة هنا أن المشترى لا يجاب إذا طلب الأرش كما قال الرافعى - رحمه الله - : إنه مر؛ لأن الذى مر أنه لا يجاب المشترى إذا طلب الأرش وطلب البائع بذل قيمة الصبغ أما إذا طلب المشترى الأرش حالة امتناع البائع من بذل قيمة الصبغ فكما مر.

**التنبيه الثانى:** قال الإمام: لا صائر إلى أنه يرد ويبقى شريكا فى الثوب كما فى المغصوب.

والاحتمال متطرق إليه، وأجاب الغزالى عن هذا الاحتمال بأن المشترى يتضرر بذلك بخلاف الغاصب، فإنه يبقيه شريكا ولا يلتفت إلى تضرره لعدوانه، واعترض ابن خلكان بأن غريم المفلس يرجع فى الثوب التى زادت قيمتها بالصبغ، ويكون شريكا، ولم يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود فى الفلس دفع ضرر البائع، فإذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا، والمقصود فى الرد بالعيب دفع ضرر المشترى برده، وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب.

وأنا أقول: إن غريم المفلس إذا رجع فى الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة؛ لأن ماله مبيع كله، وقد قال الأصحاب: إن الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة، على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا؟ على وجهين، وفى الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع، فيحصل الضرر تبعا للشركة.

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالى من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشترى، وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة، وعليه يدل تنظير الإمام له بالغصب، وأول كلام الإمام وهو قوله: ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أن المشترى[1] يرد الثوب ويبقى شريكا

---

(١) فى أ: البائع.

محتمل له، أى على سبيل الإيجاب عليه كما يجب على الغاصب، وعليه يستقيم فرق الغزالى ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع، ويأتى الجوابان المتقدمان.

لكن فى آخر كلام الإمام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز، فإنه قال: وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار إليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشترى فى عين الصبغ.

فإنا قد نجعل الغاصب إذا صبغ الثوب شريكا. انتهى.

فقول الإمام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الإيجاب بل على سبيل الجواز، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالى؛ لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة.

فيتوقف التأويل المذكور.

وحينئذ لا يبقى فرق الغزالى بضرر المشترى متجها؛ لأنه قد يختار ذلك، فلا يكون المنع حينئذ لضرره، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه.

والأولى إذا انتهينا إلى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالى فى الوسيط فإنه أخبر لكلام إمامه.

وأول كلام الإمام محتمل، ولفظة الجواز فى آخره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد إليه، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالى واقعا فى غير وجه كلام الإمام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشترى فى أن يرد الثوب ويصير شريكا، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشترى الرد، وفيه شىء [مما ذكره][1] عن صاحب التهذيب.

**التنبيه الثالث**: أن صاحب التهذيب قال: [إنه][2] إن لم يمكنه نزع الصبغ فإن رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده، وإن أبى أمسكه وأخذ الأرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب، ذكره هناك فقوله: إن رضى البائع بالشركة إن أراد يجوز للمشترى أن يرده فصحيح؛ لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا

---

(١) فى أ: سأذكره.
(٢) سقط فى ط.

إشكال فى الجواز، وإن أراد أنه يجب على المشترى الرد أو يسقط حقه، فهو الذى نقل الإمام والغزالى أنه لم يقل به أحد من الأصحاب.

وأما قوله: وإن أبى أمسكه فإن أراد أن البائع إذا امتنع من الشركة تعين حق المشترى فى الأرش وأنه لا يجوز للمشترى إلزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الرافعى ومخالف لما حكاه الغزالى فى الوسيط من جريان الأوجه الثلاث.

لكنه موافق للأصح منها، وهو إجابة من يدعو إلى الأرش القديم، فينبغى أن يكون معنى كلام صاحب التهذيب أنه إن أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز للمشترى الرد وإن امتنع البائع تعين على المشترى الإمساك، وأخذ الأرش، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشترى من الشركة، وإنما النظر إلى ضرر البائع.

ويجب النظر إلى كل منهما، كما نظرنا إلى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم.

فتلخص من ذلك ما أذكره إن شاء الله تعالى.

**التنبيه الرابع**: الذى تلخص مما تقدم أن المشترى إن طلب الرد، ولا يطالب بشىء أجيب قطعا وأجبر البائع عليه فإن اتفقا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعا، وإن اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم جاز قطعا، وإن اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشترى جاز على ما تعذر من كلام صاحب التهذيب والإمام والغزالى على تأويله، وذلك مع الأرش عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه إن تراضيا على ذلك، وإن طلب المشترى قيمة الصبغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح.

وإن طلب المشترى الأرش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على إعطاء الأرش القديم على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط.

وإن طلب المشترى الرد مع الشركة وأن يرد أرش نقص الثوب بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح.

وإن طلب المشترى الأرش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ، فالمجاب البائع على الصحيح، وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التى نجيب فيها من طلب تقرير العقد، وإن طلب البائع الرد مع الشركة فى الصبغ لم يجبر المشترى عليها على ما تقدم عن الإمام، وفيه ما تقدم عن صاحب التهذيب.

فرع:لو صبغ المشترى الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ، والمحاملى فى التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشترى قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه، وكذلك إذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم بالعيب.

فرع:لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبنى على أن القصارة عين أو أثر (إن قلنا بالأول فهى كالصبغ وإن قلنا بالثانى رد الثوب بلا شىء، فهى كالزيادة المتصلة.

قال الرافعى - رحمه الله -: وقطع الزبيرى فى المقتضب بأن له الرد إذا زادت قيمته بالقصارة، وليس فيه مخالفة لما قاله الرافعى.

ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش.

قال الزبيرى أيضا: وهو ظاهر.

[آخر][1]لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الأرش، فإن رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشترى لإمكان الرد ولا أجرة على البائع للذبح إن ردت عليه؛ لأن الذبح أثر هو نقص.

هكذا قال الماوردى.

آخر: إن كان ثوبا فخاطه استحق الأرش، فإن رضى البائع بقبوله إن بذل الأجرة فله أن يرجع به مخيطا لأن فى الخياطة عيبا زائدا.

قاله الماوردى:

آخر: لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الأرش، وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه.

سواء أرضى البائع بقبوله أم لا.

لتحريم المعاوضة على الخمر، فلو صار الخمر خلا فقال البائع: أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له ذلك؛ لأن الخل عين العصير، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشترى فيه عمل يفوت عليه.

وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج.

قاله الماوردى والرافعى.

ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الأرش إذا باع المبيع

---

(١) سقط فى ط.

ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الأرش إذا باع المبيع أو وهبه.

أما إذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش فى ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالأرش فى حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الآن لاحتمال أن يعود خلا كما إذا وهبه.

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش، ظاهر ذلك يقتضى أنه ليس للمشترى حينئذ أن يطالبه بالأرش للعلة المذكورة، ولكن العلة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشترى - أيضا - إذا طلب الرد له ذلك.

وإن امتنع البائع وطلب [بدله][(١)] الأرش، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله، ولم أجد فى النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه.

آخر: لو اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشترى بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه.

قال أبو العباس بن سريج: للمشترى الأرش وهو عشر الثمن ولا رد، ولا يبطل ذلك إسلامهما.

وهو قول محمد بن الحسن، فإن قال البائع: أنا آخذ الخل وأرد الثمن، فله ذلك.

ولو كان المشترى علم العيب قبل إسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشترى بعد إسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش.

أما الرد فلحدوث الإسلام، وأما الأرش فلإمكان الرد قبل الإسلام، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشترى رده عليه بالعيب.

ولو كان المشترى أسلم وحده جاز؛ لأن استرجاع البائع تملك للخمر.

والمسلم لا يتملك الخمر.

ورد المشترى إزالة الملك، والمشترى يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر.

قاله الماوردى عن ابن سريج.

فرع: اشترى جارية بعبد، ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها، ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج: يأخذ مشترى الجارية التى ردها العبد معيبا،

---

(١) سقط فى ط.

وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده، أو يأخذ قيمته إن اختار عدم استرداده.

قال الإمام: وهكذا نقل عن القاضى حسين، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث؛ لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن؛ لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد فى يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد.

قال الإمام: والذى قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج إذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد فى يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه إلى ملك الزوج، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه[1] معيبا، ولا يكلفها ضم أرش العيب إلى نصف العين، هكذا يمكن أن يقال فى مسألة العبد بالجارية، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى.

حكى الإمام المسألة فى آخر الغصب، ثم أعادها فى كتاب الصداق، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق، وذكر الغزالى مسألة العبد والجارية فى آخر كتاب الغصب، وجزم القول بأنه إذا استرد العبد معيبا لم يجز له طلب الأرش، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته.

ثم أعاد المسألة بعينها فى الصداق، وقال يأخذ العبد معيبا وله طلب الأرش فناقض اختياره فى الوسيط.

وقال فى البسيط هنا بعد ذكر الحكم فى مسألة العبد والجارية، إنه يأخذ العبد معيبا ويطالب بالأرش.

وفى الزوج إذا عاد إليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما، قال بعد ذلك: وسمعت الإمام فى التدريس يقول: إن من أصحابنا من ذكر وجها فى الصداق [من مسألة العبد والجارية أنه يطالب بالأرض وجهًا][2] فى مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق ألا يطالب بالأرش والظاهر الفرق، ولست واثقا [بالفعل، وإنى][3] لم أصادفه فى مجموعه.

---

(١) فى أ: بنصف العبد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: بالنقل فإنى.

قال أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن على بن محمد، وهو ابن أبى الدم: قوله « فى مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الإمام مسألة العبد والجارية فى آخر [كتاب][1] النهاية بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزنى، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة.

قال: إنما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها فى مواضعها، فإن كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا، وإن كنت ذكرتها لم تضر إعادتها قال: إذا باع عبدا بثوب [ففصل صاحب الثوب الثوب][2] وقطعه، فوجد الثانى بالعبد عيبا قديما فله رده.

ثم إذا رده حكى الشيخ وجهين أحدهما يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص، وهذا هو القياس؛ لأن الثوب لو تلف فى يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة، فكذلك يجب أن يغرم أرش النقص والوجه الثانى: أنه إذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار إن شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وإن شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب، فإن اختار أخذ الثوب فلا أرش له. قال الشيخ: اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين إذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه فى يد أحدهما فإنهما يترادان، ويرجع على من نقص العوض فى يده بأرش النقص عند التفاسخ، فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فإن طرد صاحب الوجه الثانى مذهبه فى مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الإجماع، وإن سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا.

وتشبث الشيخ أبو على بإجراء الخلاف فى مسألة التخالف.

هذا كلام الإمام فى النهاية، وقول الشيخ فى ذكر الوجهين، وفى قوله اشتهر من كلام الأصحاب.

هكذا وجدته فى النهاية مطلقا.

وفيما نقله ابن أبى الدم عن النهاية أنه أبو على فى الموضعين.

وقد ذكر القاضى حسين فى الفتاوى: إذا باع حمارا بفرس فمشترى الفرس أخصاه، ثم وجد بالحمار عيبا، قال إن لم ينقص الإخصاء منه شيئا استرده، ولا

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: ففصله صاحب الثوب.

شيء، وإن نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص.

وفى هذا الكلام مخالفة لما تقدم فى صدر هذا الفرع من النقل عن القاضى.

وقال القاضى أيضا: لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشترى الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الرافعى - رحمه الله - هذا الفرع وقال فيه: [أنه][1]إذا رجع النقصان - يعنى فى الثمن - إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش فى أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا، وينبغى أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج فى تخير المشترى لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا.

وذكر النووى فى الروضة فى آخر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زياداته فقال: قال القفال والصيدلانى وآخرون: لو اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد الثمن معيبا ناقص [الصفقة][2]بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا، ولا شيء له بسبب النقص.

وفيه احتمال لإمام الحرمين ذكره فى باب تعجيل الزكاة، وكل ما ذكره فيه مقيد، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعى - رحمه الله - فيه، فإنه ليس مسألة زائدة عن الرافعى، وما ذكره [عن القفال وغيره هو الذى صححه الرافعى وما ذكره][3]من احتمال الإمام هو الوجه الآخر، قال صاحب التتمة: ولا يمتنع عليه رد الجارية، سواء أكان العيب الذى بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر، من جنسه أو من غير جنسه، كما لو كان العيب يساوى أضعاف ثمنه، فإن له الرد بالعيب، وإن كان الضرر فى الرد أكثر منه فى الإمساك.

**تنبيه**: قوة كلام المصنف تقتضى أن النقص حصل عند المشترى، ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به فى التنبيه بقوله: وقد نقص المبيع عند المشترى، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص، فإن ذلك لا يمنع الرد؛ لأن النقص عند البائع مضمون عليه، وهذا ظاهر فيما إذا لم يعلم المشترى بالنقص المذكور، وكذلك لو علم ورضى به ثم علم عيبا آخر، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

به، ثم وجد عيبا آخر.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب، فيقال: قيمته مائة ثم يقوم[(١)] مع العيب فيقال: قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله[(٢)] فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته؛ لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية، ضمن الجزء منه بجزء من الدية، ولأنا لو قلنا: إنه يرجع بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشترى، فإنه قد يشترى ما يساوى مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن إليه فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز».**

**الشرح**: قد تقدم تفسير الأرش، وأنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من [قيمة][(٣)] المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة، وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا، وبه مثل الشافعى - رحمه الله - فإن الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة، [ولا فرق عند الأصحاب][(٤)] بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجناية بأنا إذا ضممنا[(٥)] فى هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل، وفى الأرش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن [بالطريق التى فرضها المصنف وبهذا المعنى الثانى فى كلام المصنف وهو الحذر من الجمع بين الثمن والمثمن][(٦)].

قال الشيخ أبو حامد: إنه معنى كلام الشافعى، والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما، وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فإن فيه بيان المعنى الذى لأجله كان كذلك، فيحصل به الشفاء أكثر، ولكن فيه بحث، فإن قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع.

(١) فى أ: ويه.
(٢) فى أ: قيمته.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: وفرق الأصحاب.
(٥) فى أ: ضمنا.
(٦) سقط فى ط.

وقوله: «ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم، كذلك قاله القاضى أبو الطيب صريحا، وهو ظاهر، وإذا كان كذلك فقد يقال: إن هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع إلى الأرش، وإن لم يمنع[1]الرد، وطلب الأرش عند إمكان الرد غير سائغ، بل قد يقال: إنه كان ينبغى على هذا المعنى أن يتعين الرجوع إلى الأرش، ولو أراد المشترى الرد أو الرضا بالعيب كما أنه إذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشترى أم لا، وكما أنه إذا أخبر فى المرابحة أنه اشترى[2]بمائة، وكان بتسعين؛ فإنا نحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين، ولأجل ذلك - والله أعلم - قال الإمام فى باب المرابحة عند الكلام فى كذب المشترى بالزيادة: إن الأرش المسترجع، وإن كان جزءا من الثمن، فاسترجاعه إنشاء نقص فى جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع إذا رد على معيب فموجب العيب الرد، ولا يجوز الرجوع إلى الأرش مع القدرة على الرد فكأن الأرش بدل عن الرد إذا تعذر ولا ينتظم عندنا إلا هذا، وهذا الكلام من الإمام أوله يقتضى أن الأرش جزء من الثمن، يستدرك بإنشاء نقص جديد، وهذا موافق لكلام الأصحاب: وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق إنشاء النقص، وليس كالمرابحة وآخره قد يوهم أن الأرش ليس فى مقابلة الجزء الفائت، ولكن فى مقابلة الرد عند تعذره، وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت، حيث فات عليه الرد، ولذلك أتى بكأن التى هى حرف تشبيه.

فلم يجعله بدلا عن الرد، ولكن مشبها، فإن سلطة الرد لا تقابل بعوض.

ويجب تأويل كلام الإمام كقوله[3]أولا إن الأرش جزء من الثمن، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون فى كلام الإمام جواب عن الإشكال الذى أوردته إلا بما سأذكره إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر الغزالى احتمالين فى أن الأرش غرم مبتدأ، أو جزء من الثمن، وسيأتى.

فإن قيل: إن الأرش غرم مبتدأ فلا إشكال فى هذا الوجه، ويصير كأن البائع معيب لملك المشترى.

---

(١) فى أ: يمتنع.
(٢) فى أ: اشتراه.
(٣) فى أ: على ذلك لقوله.

قال الغزالى: ويشهد له أن مشترى الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها، ولو كان جزءا منها يعرض العود إلى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة، وإن قيل إن الأرش جزء من الثمن فالممكن فى فهمه ما قاله الغزالى أن يقال: إن المبيع فى مقابلة كل الثمن إن رضى، وإلا فهو فى مقابلة بعضه، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة، ويتعين لاستحقاقه، قال: وهو ظاهر كلام الأصحاب.

وكأن المقابلة تغيرت، ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب فى أصل العقد وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند إلحاق الزيادة بالثمن بعد اللزوم، فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال، ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فإنه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد إلا على البعض، أشكل بمسألة الجارية، وبما قاله الإمام فى المرابحة.

وإن كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى الدوام إذا قلنا: يمسك بكل فذلك قول ضعيف، فلا يخرج عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا.

ومقتضى كلام الإمام فى مسألة الحلى أن ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع.

وليس العقد يقتضيه من الأصل.

لكن هذا الذى يقوله الأصحاب على خلافه.

إذ هم يقولون بأن العقد فى أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك فى قاعدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأى الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن.

وتلخيص الإشكال أن الثمن إن كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط على أجزاء المبيع، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله، ولو رضى به معيبا، وهذا خلاف الإجماع.

بل كان ينبغى ألا يصح العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا، وهو خلاف الإجماع أيضا.

وإن كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة، والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن.

فإذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الأرش كان ذلك غرامة جديدة لا جزءا من الثمن.

وأحسن ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالى.

وقد يقال إن فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن، وقد تعذر الرد فيما قبضه المشترى وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف، فيجعل ذلك الوصف فى حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر الرد فيه، [وهو المبيع المجرد عنه استدراكًا للطلاق وكان فسخ العقد فيه][1] وهذا معنى قول الإمام: إنه إنشاء نقص جديد ولعله يأتى فى مسألة الحلى زيادة على هذا.

على أن القول بأنه غرم جديد - أيضا - ليس صافيا عن إشكال، فإنه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته، ولم يصرح أحد بأن الأرش غرم جديد من كل وجه، فإنه كان يلزم ألا يتقدر من الثمن ولا قائل به، والإمام حكى فى مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى.

وقال صاحب الوافى: إن المصنف فى باب اختلاف المتبايعين قال: إن الثمن لا ينقسم على الأعضاء، وههنا قال: الأرش بدل عن الجزء الفائت.

قال: وليس بينهما تناقض؛ لأن الثمن يقابل المبيع، ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى، بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث إنها عين أخرى، ثم إذا صادفها المشترى ناقصة له الرد استدراكا للظلامة، فإن لم يفسخ عند الإمكان فلا شىء له؛ لأن المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ، فإن سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة إلى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع؛ إذ لا يندفع الضرر إلا بذلك.

وهذا ليس فيه إلا دعوى الضرورة، وذلك لا شفاء فيه فى جعل ذلك.

[قلت][2]: جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل، وليس المصنف مختصا به، والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق القياس، وشبهه بما إذا قال: بعتك هذه الصبرة، وهى عشرة أقفزة، فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة، فإنه يسقط درهم، كذا إذا قال: بعتك هذا العبد فخرج مقطوع اليد.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.

**قلت**: ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف فى صحة البيع كما فى مسألة الصبرة.

وقول المصنف: كالجزء إلى آخره إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر، فإن نفيها من ديته فنقول: هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية، والمصنف فى ذلك تابع للشيخ أبى حامد.

**فائدة**: ادعى ابن الرفعة أن كلام الإمام فى باب المرابحة يدل على أن الأرش فى مقابلة سلطنة الرد وفى غير ذلك [الموضع](١) يدل على أنه جزء وأن ذلك مناقضة.

وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الإمام، وقد أشرت إلى ذلك وذكرت تأويله.

**فرع**: مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرش، فإذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرش أصلا، وبه صرح الإمام والغزالى فى البسيط والرافعى، قال ابن الرفعة: إلا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة(٢)، فإن قيمته قد تنقص، فإن لم تنقص - أيضا - انسد طريق الأرش.

**فرع**: مع قولنا بأن الأرش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه، وفى شرح الفروع للقاضى أبى الطيب فى كتاب السلم إذا اشترى حنطة معيبة بعبد معين، وتسلم(٣) الحنطة وسلم العبد وأعتقه، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرش، ورجع بقدره من الحنطة، وانتقض البيع فيه، وهل ينتقض فى الباقى؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين فى تفريق الصفقة إذا كان العقد لم ينعقد فى البعض، هكذا عبارته، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة فى الدوام، فإنه انتقاص طارئ لا بطريق التعيين.

وقد تقدم البحث فى ذلك، وسيأتى له تتمة، وإنما أوجب هذا الإشكال الذى قدمت التنبيه عليه، فانظر كيف آل التفريع إلى أن جعل أخذ الأرش مبطلا للعقد، بل بمجرد الاطلاع على العيب.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: مسائلة.
(٣) فى أ: وسلم.

**فرع**: لو كان العيب فى عين قبضت عن دين، هل يكون الأرش عنها كما قلناه هنا؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين؟ فيه وجهان مذكوران فى الكتابة عند خروج النجم معيبا بعد تلفه، هل يتعين الأرش فى رقبة المكاتب، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب؟ وهما فى كل عقد ورد موصوف فى الذمة.

قال الإمام: وأمثل من الوجهين أن يقال: يغرم السيد ما قبض، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة.

قلت: فتلخص ثلاثة أوجه فى كل مقبوض عما فى الذمة خرج معيبا، وتعذر رده:

**أحدها**: يرجع على الدافع بأرشه بنسبته من العوض كما فى المعاوضات.

**والثانى**: ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستلم.

والثالث: يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم.

**فرع**: فى فتاوى القاضى حسين: اشترى فى صحته بمائة ما يساوى مائة، فوجد فى مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى، اعتبر من الثلث قال: ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث؛ لأنه امتناع عن التكسب قاله جامع الفتاوى.

**قلت**: وهو الأولى عندى فإن اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد فى مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى، اعتبر من الثلث خمس وخمسون؛ لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين، قال جامع الفتاوى: وهذا - أيضا - كالأولى، والأولى ألا يعتبر من الثلث، فإن اشترى ما يساوى مائة بخمسين، والحال كذلك ورضى، فهل نعتبر الخمسة من الثلث؟ الظاهر لا؛ لأنه استعاد به أربعين.

**والثانى**: يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف فى يده أو بعد رده كان يأخذها.

**فرع**: لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا، فقال البائع: زال القديم، وقال المشترى: زال الحادث حلفا وأخذ المشترى أرش أحد البياضين، فإن اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما؛ لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ، والمشترى يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشافعى والأصحاب، وقال الرويانى: ليس للمشترى الرد؛ لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب، ويدعى عود الحق فلا يقبل فى العود إلا بحجة وله الأرش؛ لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله.

**فرع**: إذا ثبت الأرش فإن كان الثمن بعد فى ذمة المشترى برئ من قدر الأرش، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب؟ وجهان.

**أصحهما**: الثانى ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين إلى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد، فإن الفسخ لا يحصل دون طلب وقد اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين، وكأن ذلك تفريع على أن الأرش جزء من الثمن.

أما إذا قلنا: غرم جديد فلا تحصل البراءة - أيضا - بالطلب، بل للبائع أن يعطيه من [غير طلب][1] فإن اتفق الدينان جرى التقاضى، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق فى يد البائع، فهل يتعين لحق المشترى أو يجوز إبداله لأنها غرامة لحقه؟ وجهان.

**أصحهما**: الأول، هكذا قال الغزالى والرافعى، وتعليله يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرش غرم مبتدأ، أما إذا قلنا: هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشترى، وينتقل إلى المشترى بمجرد الطلب أو الاطلاع، فلا يسوغ للبائع إبداله، لكنها فيما إذا كان فى الذمة ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم - فيجب طرد هذا الوجه هناك، كما تقدم أن يقال هنا إن قلنا إن الغرم جديد لم يتعين وإن قلنا جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعى بعد هذا بمسألة، ولم يصحح منهما شيئا.

وإن قلنا: يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز إبداله وإلا جاز إبداله، وذكر الرافعى - رحمه الله - مسألة ما إذا كان الثمن فى الذمة وفاه، وهو باق بحالة، ورد المبيع عليه، هل يتعين لأخذ المشترى؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة، وهى غير المسألة الأولى؛ لأن تلك فى الأرش وهذه فى الرد، والمأخذ غير المأخذ، لكن تصحيحه التعين فى الأولى فرع عن تصحيح التعين فى الثانية، كما نبهت عليه، وسأذكر المسألة إن شاء الله تعالى عند رد المبيع، والثمن تالف، فإنى هنا إنما ذكرت ما يتعلق بالأرش، وإن كان الثمن معينا وهو باق فى يد المشترى ففيه وجهان فى النهاية الأصح تعينه، ويجب بناؤهما على ما تقدم (إن قلنا) الأرش غرم لم يتعين، وإن قلنا: جزء من الثمن تعين أخذ الأرش منه تالفا، فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالف.

---

(١) سقط فى ط.

وسيأتى أنه يقوم مقام مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان متقوما إن شاء الله تعالى.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض، قوم بأقل القيمتين لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص فى يده مضمونا عليه، [وما كان نقصانه من][1]ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع، وإن كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت فى يده فإنها زيادة حدثت فى ملك المشترى لا حق للبائع فيها، فلا يجوز إدخالها فى التقويم».**

**الشرح**: تقدم أن القيمة تعتبر معنى[2]لإيجاب الأرش، والاعتبار بأنه قيمة فيه، [فى المسألة][3]طريقان:

**أصحهما** - وهى التى جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم -: القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين، من قيمة يوم العقد ويوم القبض، فإنه إن كانت عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع، وإن كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت فى ملك المشترى.

**والطريقة الثانية**: أن فى المسألة ثلاثة أقوال:

**أصحها**: هذا.

**والثانى**: ونقل عن نصه فى موضع: أن الاعتبار بقيمته يوم القبض[4]، وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف، وفرق بينه وبين التخالف، ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص، ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع.

**والثالث**: نقله الرافعى عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيته منصوصا فى باب الغصب من اختلاف العراقيين معللا بأنه يوم إذ تم البيع، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الأول الصحيح، وممن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الإمام والغزالى إلى أن قال الرافعى: والأكثرون قطعوا بالأول.

وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل.

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالإشكال لا سيما على عبارة المصنف فى تعليله

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: ميعارًا.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: البيع.

وأنا - إن شاء الله تعالى - أذكر ما قيل فى ذلك من حيث المذهب، وبيان الصحيح منه، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل فى جوابه.

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة، وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرش لا يختلف بذلك، ذكر ذلك ابن أبى عصرون وسبقه إليه الشاشى فى الحلية، والأكثرون اعتبروا ذلك [ثم انقسموا فى العبارة على ثلاث عبارات][(١)] وتكلموا فيه، ونص الشافعى يدل لهم.

ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض، أو أقل الأمرين وهو الصحيح، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرون يقولون كما قال المصنف إنه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض.

وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعى فى الشرح، والمحرر والنووى فى الروضة وعبارة ثانية قالها الإمام فى النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع فى الحالين، ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين.

وعبارة ثالثة قالها النووى فى المنهاج: أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض.

فأما عبارة النووى فى المنهاج، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الأولين.

وأما عبارة الإمام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين؛ لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع[(٢)] الأرش الأكثر فى الحالين، فإن المعنى بأقل القيمتين، قيمة المبيع مع العيب فى حالة العقد وحالة القبض، كما إذا كانت قيمته سليما عشرة فى الحالين، ومعيبا يوم العقد ثمانية، ويوم القبض تسعة، فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن، وهو أكثر من العشر، وهذا الذى قاله فيه نظر، وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة إليها - وهى قيمة السليم - وقيمة منسوبة - وهى قيمة العيب[(٣)] - ونسبة بينهما بها يعرف قدر [نقص][(٤)] العيب من السليم، فعبارة[(٥)] تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد، كهى بينهما بعد ذلك، وإن كان

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: من.
(٣) فى أ: المعيب.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى أ: فتارة.

حال المبيع مختلفا فى اليومين، فههنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة.

**مثاله**: قيمة السليم يوم العقد مائة، ويوم القبض ألف أو عشرة، وقيمة المعيب يوم العقد تسعون، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة، فالنسبة فى اليومين العشر، ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان، ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها، والساقط من الثمن على التقديرين العشر وإن اختلفت النسبة، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمة المبيع مع بقاء السليم على حالها، وقد تكون بالعكس، وقد يكون، باختلافهما معا.

**مثال الأول**: قيمته فى اليومين سليما عشرة، ومعيبا يوم العقد تسعة، ويوم القبض ثمانية.

فالاختلاف ههنا فى المنسوب، فإن نسبنا قيمة يوم العقد كان الأرش التسع، وإن نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو أنفع للمشترى.

وكلام الإمام تصريح، وإطلاق كلام المصنف وغيره يقتضى أنا نسلك هذه الطريقة التى هى أنفع للمشترى، فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش، وإيجاب أكثر النقصانين من الثمن لكنى سأبين - إن شاء الله تعالى - فى آخر الكلام أن المصنف والأصحاب لم يريدوا هذا القسم، ولا حاجة لهم إليه هنا؛ لأنهم بينوا فى موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع، والنقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بعيب، والزيادة لا بد أن تكون بنقصان العيب، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله.

**ومثال الثانى**: قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا فى القيمة المنسوب إليها فإن نسبنا إلى أقل القيمتين كان الأرش التسع، وإن نسبنا إلى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشترى، فليس فيه إيجاب أكثر النقصانين بل أقلهما، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه إن شاء الله تعالى.

**ومثال الثالث**: قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة، ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية.

فاعتبار الأقل يوجب أن الأرش التسع، وهو أنفع للمشترى من العشر.

وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة، ويوم القبض سليما اثنى عشر ومعيبا عشرة، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرش التسع، واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن.

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا خمسة، ويوم القبض سليما ستة ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرش الثلث، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرش النصف، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن.

وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فأقول: [إن][1]الإمام عبر عن الوجه الثالث الصحيح أن[2]المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الإمام - رحمه الله - إنما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب إذا كان فرض المسألة فيما إذا كان الخلاف من جهة العيب، وأن المراد بأقل القيمتين أقل قيمتى المعيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب إليها، وذلك فى القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين، والواجب أكثر الأمرين، [فإن أخذ مع ذلك أن قيمة السليم سواء فى اليومين فلا إشكال فى الحكم][3]ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب؟ فإن ثبت أن نفع المشترى مراعى مطلقا فعبارة الإمام فى قوله: أكثر النقصانين أحسن من قول الباقين: أقل القيمتين لأن النقصان نسبة، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم، وأقل القيمتين راجع إلى القيمة فى نفسها لا إلى ما تنقصه من السليم، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الإمام، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين.

فعبارة الإمام مطردة فى الأقسام الثلاثة، هذا إن كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: بأن.
(٣) سقط فى ط.

وأكثر الأصحاب لم يذكروا إلا أقل القيمتين، ولم يبينوا ما عدا ذلك، وكأنهم [رضوا بأن][1] القيمة عن السليم سواء، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات المبيع أو نقصان فيه، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع، ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة فى ملك المشترى، والأمر المنسوب إليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا فى حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقا فإذا اختلفتا معا اعتبرنا أقل قيمتى المعيب ونسبناها إلى أقل قيمتى السليم.

وحينئذ يصح إطلاق كلام المصنف والأصحاب، ولا يصح إطلاق عبارة الإمام لما تقدم من المثالين الآخرين فى القسم الثالث، وكذلك فى القسم الثانى أيضا، فالموافق لإطلاق الأصحاب ذلك، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا، ولا ضرر المشترى مطلقا، ولم أر فى ذلك نقلا صريحا.

إلا أن فى تعليقة الشيخ أبى حامد قال: فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه فى تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب.

وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتى السليم المنسوب إليها، لا أقل قيمتى المعيب.

وفى هذه الصورة وهى الثانى الذى ذكرته فى ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع، وكذلك كلام الماوردى يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد، فإنه قال فى مسألة الجارية تقوم فى أقل الحالتين، فإذا قيل: قيمتها فى تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فإذا قيل: تسعون كان ما بين القيمتين العشر، فيرجع بعشر الثمن.

فهذا وجه من الإشكال فى هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى.

وتبين - بحمد الله - أن المراد أقل قيمتى السليم، وليس المراد قيمتى المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره، ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقا كما قاله الإمام، وهذا الذى لحظه أبو حامد هو الصحيح فإن المنسوب إليه هو القيمة، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده إلى القبض ما لم يطلع البائع عليه،

---

(١) فى أ: فرضوا أن.

فلا وجه لاعتبار اختلافه، وإنما المنسوب إليه هو المعتبر.

وهو قد يقل وقد يكثر.

وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف، فلا يجوز أن يقوم على البائع وإنه صحيح.

وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

وأما ما يختص بالصفة فنذكره فى ضمن فائدة.

**فائدة**: قال الفارقى فى كلامه على المهذب: هذه المسألة يعنى مسألة الكتاب التى ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل، وفاسدة التعليل، وليس لنا فى الكتاب مسألة أظهر فسادا منها.

أما فساد وضعها فإنه يعتبر تقويم بأقل القيمتين على ما ذكر، وإنما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا إذا كان الأرش إسقاط جزء من قيمة المبيع، وليس الأمر كذلك، وإنما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر [نسبة فوائد][1] ما ينقص من قيمته بالعيب، مثلا: إذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فإنا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين، ونعلم أنه سقط عشر الأصل فيسقط فى مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فإن أثر العيب فى التنقيص واحد، فإنه إذا كان أثر العيب فى تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار، فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط فى مقابله عشر الثمن، وعشر الثمن، لا يتفاوت على جميع الأحوال وإنما يتفاوت عشر القيمة، ونحن إنما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة [إذا لم يكن هو الواجب، فعرفت أنه لا حاجة إلى اعتبار أقل القيمة][2] وأكثرها.

وبيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض، فعرفنا أن النقصان فى يد البائع، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته، وإنما يريد [فوائد المبتاع][3]، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

فقوله: كان ما نقص مضمونا عليه يعنى أن العين المبيعة مضمونة على البائع.

وقوله: «وكان نقصانها من ضمانه، يعنى الجزء الفائت من الثمن، أو فوات جزء يكون من ضمان البائع، كما أن جملة المبيع من ضمانه.

وقوله: «فلا يجوز أن يقوم على البائع» كلام يتناقض فى نفسه؛ لأنه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه، [وجب أن يكون مقوما أما ألا يقوم عليه لأنه مضمون عليه][1]، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه ثم قال: وإن كانت قيمته يوم[2] العقد أقل إلى آخره، وهذا - أيضا - ظاهر الفساد والتناقض؛ لأنه إذا كانت هذه الزيادة حق المشترى لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص [من فواتها][3] مضموما إلى قدر الأرش، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا، هذا كلام الفارقى - رحمه الله - وزاد ابن معن فى حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج إلى معرفة أمرين:

**الأول**: أن الضمير فى قوله: لأنه إن كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه، فكان نقصانها من ضمانه، فلا يجوز أن يقوم على البائع، إما أن يكون عائدا إلى البائع أو المشترى، لا جائز أن يعود إلى المشترى؛ لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد إلى يوم القبض، ولا يتصور أن يكون فى يد المشترى إلا بعد القبض، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود إلى المشترى بطل قوله: من حين العقد إلى حين القبض، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير، هذا الأمر الأول.

**الأمر الثانى**: أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة فى الثوب أو الدابة لا بغيره، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها، وحينئذ قوله: فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثانى، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه، ولا يمكن أن يعود الضمير إلى المشترى لما بيناه فى

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: وقت.
(٣) فى أ: بفواتها.

الأمر الأول، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقى.

ولأجل كلام الفارقى هذا قال ابن أبى عصرون: إنه لا فائدة فى اعتبار أقل القيمتين، قال فى الانتصار: ونص الشيخ أبو إسحاق فى المهذب على أنه يقوم بأقل القيمتين، وكذلك فى الحاوى وذكره القاضى أبو الطيب فى بعض كتبه، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وفساد قول الشاشى الأخير، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان، والقبض مقدر له كما فى الحكومة فى الجناية قال ابن أبى عصرون: وهذا - يعنى كلام الشاشى - رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره، ثم لا وجه لما اختاره.

وقوله: «إن العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة فى النظر إلى قدرها وإنما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد.

وأما الجناية على الجزء فإنما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشاشى معترضا: لو كانت قيمته حال العقد تسعين، والعيب ينقصه خمسة ثم زادت فصارت مائة، والعيب ينقصه خمسة][1] والخمسة من المائة نصف عشر، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى المرجوع به، ثم أجاب فقال: هذا التصوير تحكم؛ لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقصه من قليل القيمة لا سيما والعين على صفة واحدة، وإنما التفاوت من جهة السوق.

قال ابن أبى الدم: وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة، وبما[2] قاله هذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عصرون [فيها][3] حسيكة عظيمة، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى.

ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام الماوردى والإمام والغزالى وحكايتهما مع المراوزة الأقوال الثلاثة، قال: فاختار الشيخ أبو إسحاق قولا منها، وترجيحه لها لا

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: ومما.
(٣) سقط فى ط.

يكون فاسدا ولا غلطا كما ذكره الفارقى، بل ما ذكره الفارقى من الإيراد والإشكال غلط، فإن التقويم ما كان لإيجاب عين القيمة، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن، فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وإفادتها.

وقوله: «إن أثر العيب فى التنقيص واحد» خطأ؛ لأنه إذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سليما، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض [سواء وقوم معيبًا فكانت قيمته يوم العقد مائتين ويوم القبض][(١)] تسعين فإن اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن، وإن اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن، فحصل التفاوت الظاهر، وهذا واضح لا إشكال فيه وإنما فهم[(٢)] الفارقى أنه جعل قيمته معيبا تسعين وقيمته بالعوض مائة، قال: فنعلم أن الناقص عشر القيمة، فيرجع بعشر الثمن، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيبا يوم العقد أكثر، ويمكن أن تكون قيمته معيبا يوم القبض أقل، وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة إلى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها، وقول الفارقى فى فساد التعليل ففيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه.

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار إليه الشيخ أبو إسحاق ليس قولا له اخترعه وإنما هو قول مقول عن أئمة المذهب، فلا يليق بالمتاجر[(٣)] إظهار شناعة على من اختاره، وذكره فى تصنيفه فإنه فاسد ليس فى كتابه شىء أظهر فسادا منه، وإنما اللائق به إن كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من إشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أفسد شىء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو إسحاق: القاضى أبو الطيب والبغوى.

**قلت**: وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به، وقد علمت أن الشافعى - رحمه الله - نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: وهم.
(٣) فى أ: بالمتأخر.

القبض، قال: وقيمتها يوم قبضها المشترى من البائع، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض، فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثرا فى اختلاف الأرش، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد، كما مثل به من قطع اليد بعبد؛ لأنه متى كانت قيمة السليم [يوم العقد و][1] يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد، فكيف تختلف قيمة العيب؟ لكن قد تقدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها، واستبعاد الشاشى له.

وقوله: إن العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقص من قليلها، فالكلام عليه من وجهين:

**أحدهما**: أن الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب إليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت: إن كلام المصنف والأصحاب لم يشمله، أو إن الأولى فيه عبارة الإمام.

أما إذا فرضنا الكلام فى القسم الأول، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض، أو زادت بحدوث صفة، فإن النسبة تختلف قطعا، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب، وإن كان فى صورة الاعتراض، وذلك هو جواب عن المصنف إلا فى قوله: فلا يجوز أن يقوم على البائع، فإنه مشكل، وسنزيد الكلام عليه.

**الوجه الثانى من الكلام على الشاشى**: أن الأصحاب وإن سكتوا عن قيمة السليم المنسوب إليها فلا بد من اعتبارها، فإن قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة إليها، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشىء المنسوب إليه معلوما، فإن اتحد فذلك، وإن اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه إلا الشيخ أبا حامد، وبحث فيه هناك، فإذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف، فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة إنما يكون بحيث الأسعار والرغبات، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها، وذلك إذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فإن

---

(١) سقط فى ط.

الرغبة تشتد فيه، ويغتفرون ما به من عيب، ولا يصير الناس يبالون بعيبه، كما يبالون به فى حال الرفاهية.

وبعكس ذلك إذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته، بحيث يصل إلى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك، هذا هو العرف بين الناس، [وإن كان ذلك غير منقول][١]، ثم إن المسائل التى تفرض فى الفقه، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا، بل ولا نادرا، بل المقصود أنها إن وجدت كان هذا حكمها.

فإن قال قائل: هذا إنما جاء فى اختلاف الأسواق[٢]، وفرض المسألة فيما إذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع.

**فالجواب**: أن الاختلاف فى قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان.

وأما الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب إليها فليس له سبب إلا اختلاف السوق، ولا بد من اعتبارها.

وأما قول المصنف: ولا يجوز أن يقوم على البائع ففى غاية الإشكال وإيراد الفارقى عليه قوى، وهو كذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب وليس بمناسب فيما يظهر؛ لأنا إذا أدخلنا الذى نقص فى التقويم قبل الأرش وتضرر المشترى وانتفع البائع، فلو قال المشترى يناسبه من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليله بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الإشكال إنما هو بناء على أن الكلام فى العيوب المنسوبة، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبى حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب إليها، وعلى ذلك يصح أن يقال: فلا يجوز أن يقوم على البائع؛ لأنا إذا نسبنا إليه وأدخلناها فى التقويم كثر الأرش عليه، وإن تعلقوا بكلام الإمام تعلقنا بكلام الشيخ أبى حامد وهو أصح لما تقدم.

فإن قلت: ذلك لا يلائم قوله: كان ما نقص فى يده مضمونا عليه، وكان نقصانها من ضمانه.

---

(١) فى أ: وإنكار ذلك غير مقبول.
(٢) فى أ: السوق.

**قلت**: سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى: إنا نوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضموما إلى الأرش إنما يصح تخيله على بطلانه، لو زال بعد حدوثه قبل القبض، وقد رأيت صاحب الوافى نقل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما إذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة.

قال: فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل فى ضمان البائع.

وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم إذا فرضها كذلك، وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف فى التعليل فقال: هذا مشكل، لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع، وقد سقط ضمانه برضا المشترى بقبض المبيع ناقصا، فلو فرضناه[1] وقت العقد أدى إلى إيجاب ضمان النقصان على البائع، وقد سقط عنه، إلا أن الشيخ عنى البائع فى أول كلامه ثم ذكره ظاهرا.

قلت: معناه أن المشترى قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة، فذلك القدر الزائد منها قد رضى بإسقاطه فلا ينسب العيب إلا إلى الثانى، وهو الأقل، وفى ذلك نفع للبائع، وهذا اعتذار عجيب فإن فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع، لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم، فإن قيمة السليم إذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين، فعلى ما قاله صاحب البيان: ينبغى أن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعين؛ لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع، فيكون الأرش العشر.

والظاهر من كلامهم أن الأرش فى هذه الصورة الخمس؛ لأن الثمانين أقل القيمتين ثم إن ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل، فإنه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشترى من غير علم بذلك العيب، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش عن العيبين جميعا، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض.

وقال صاحب الوافى: معنى قوله كان مضمونا عليه، أى يذهب من ضمان البائع

---

(١) فى أ: قومناه.

وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبعه من أمواله إذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشترى، وإذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشترى.

ورأيت فى تعليقة أبى إسحاق العراقى على المهذب: ولا يجوز أن يقوم على المشترى، وهذا إما أن يكون غلطا فى النسخة، وإما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه، وكل النسخ فيها البائع، والفارقى أعرف بما فى المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك - بحمد الله تعالى - واندفاع الإشكال عنه، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه - أى لأنه ليس بجزء، وأظن ذلك كله إصلاحا لما أشكل عليهم.

وتعليل الماوردى قريب من تعليل المصنف.

وكذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب، ولم يختص المصنف من الإشكال إلا بقوله: فلا يجوز أن يقوم على البائع، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب الإشكال فى هذه اللفظة وارد عليها.

فرع: وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه، من أن المراد إن اختلفت القيمة المنسوب إليها هو الصحيح المتعين.

أما إذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معيبا تسعة عند العقد، ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم إنما تكون لعيب آخر، فذلك العيب الآخر إن اطلع عليه المشترى ورضى به صار وجوده كعدمه، وينسب الذى كان حالة العقد فقط، وإن لم يرض به كان الكل إلى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وإن زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك، إن كان نقصان العيب فقد برئ البائع بما نقص؛ لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فكذلك نقصانه، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا، وإن الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب، فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها.

فرع: عبارة الرافعى والجمهور: أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك فى المحرر، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الإمام، وقال النووى فى المنهاج: أقل قيمة من يوم العقد إلى يوم القبض، وذلك يقتضى أنه إذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة، وإن كانت القيمة يوم العقد

ويوم القبض سواء.

لأن المتوسطة حينئذ أقل، وكذلك إذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخر.

وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل.

وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك.

وتقتضى أن يقوم بإحدى القيمتين فى يوم العقد أو يوم القبض، إن كانتا متساويتين فبإحداهما وإن اختلفتا فبالأقل منهما، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب الوافى.

وعلى أنه فى الروضة تابع للرافعى فى عبارته، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى، والذى يظهر عبارة الجمهور؛ لأن العيب المنقص إذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به، وفيه نظر فليتأمل.

وقال فى التهذيب: أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض، فإن كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه.

لكن قوله: أقل القيمتين يوافق الجمهور.

**فرع**: هذا الذى تقدم فى معرفة الأرش عن العيب القديم، وكلام المصنف مفروض فى ذلك، فإنه قال فى أول الفصل: إذا أراد - يعنى المشترى - الرجوع بالأرش.

أما الأرش المأخوذ من المشترى عن العيب الحادث، قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما، فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة، وبه مع الحادث تسعة غرم درهما، ولا تجعل القيمة فى هذه الحال معيارا.

**قلت**: وسيأتى هذا فى كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه إلا بكسره.

**فرع**: قال ابن عصرون: المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المهذب قال: قوله وإن اختلفت قيمة المبيع قال: فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون، وبالعيب عشرون، فينقص عشرة.

ويقال: قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما إذا قلنا: سائل يعنى أن ذلك فى السائل.

وأيضا فقوله: يرجع بخمسة، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره، ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرش العيب؛ لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن، فيصير الألف بدون الألف، وذلك لا يجوز، فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم[1]أرش الكسر.**

**وحكى أبو القاسم الداركى وجها آخر: أنه [قال][2]يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به.**

**والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش فى غير هذا، ولا يقال: إن هذا لا يجوز؛ لأنه يصير الثمن مجهولا».**

**الشرح:** هذا الفرع منسوب لابن سريج، وفيه أوجه: أصحها وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى صدر به المصنف كلامه: أنه يفسخ المبيع ويرد الإناء، ويغرم أرش النقص الحادث، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الإناء والثمن - وهما متماثلان - والعيب الحادث مضمون عليه، كعيب المأخوذ على جهة السوم، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته فى سائر الصور، كما سننبه عليه.

واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشترى يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام فى التنبيه السادس.

**والوجه الثانى:** ولم يذكره المصنف - وهو قول ابن سريج -: إنه يفسخ العقد لتعذر إمضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشترى، ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل[3]كالتالف، فيغرم المشترى قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث، واختار الغزالى هذا الوجه وإيراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه، وضعفه الإمام وغيره.

---

(١) فى أ: يغرمه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فيجعل.

وقال الإمام: إنه أبعد الوجوه.

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب إذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه.

والثالث - الذى حكاه المصنف ثانيا، وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضى حسين والإمام وغيره -: أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور، والمماثلة فى الربوى إنما تشترط فى ابتداء العقد، والأرش حق وجب بعد ذلك، لا يقدح فى العقد السابق.

قال الرافعى - رحمه الله -: واعلم أن الوجه الأول والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد، وإنما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش - أيضا - كما فى سائر الأموال.

**قلت**: وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج، وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ، ويأتى - أيضا - أن ما قاله الرافعى [من القياس](1) لم يصر إليه أحد.

وعلى هذا الوجه إذا أخذ الأرش فقد قيل: يجب أن يكون من غير جنس العرض كى لا يلزم ربا الفضل، والأصح وهو الذى رجحه القاضى حسين والبغوى والرافعى أنه يجوز أن يكون من جنسهما؛ لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس؛ لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شىء آخر.

وذلك من صور «مد عجوة» وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن، وقد غلط أبو إسحاق العراقى، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا، وحكاه مع وجه الداركى بعبارتين متقاربتين، ولم يتنبه لاتحادهما.

ثم تنبه(2) لأمور:

**أحدها**: أن المصنف فرض المسألة فى الإناء، وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى إبريق وزنه مائة درهم، وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه

---

(1) سقط فى ط.
(2) فى أ: ليُتنبه.

نقلها عن ابن سريج فيما إذا اشترى إبريقا فضة وزنه مائة [درهم][١]، وقيمته مائة وعشرون بإبريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون.

وفرضها الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى أخذها البندنيجى فى مصوغ، وكذلك الإمام والغزالى فيما إذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها فى الحلى حسن لا اعتراض عليه.

وأما فرض المصنف ومن وافقه فى الإناء فإن قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة فصحيح - أيضا - وأما إذا قلنا بتحريم اتخاذها وهو الأصح فإن الصنعة فيها غير محترمة، فلا يكون الكسر عيبا فيها، [فلا يمنع الرد والأرش][٢]، كما لو لم يحدث شىء، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال، والمقصود حدوث عيب فى يد المشترى.

**الثانى**: أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة، وهو أن يكون الثمن من جنس الإناء كما فعل ابن سريج والإمام، بل سكت عن الثمن بالكلية، وكذلك القاضى أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها، والمراد إذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والإمام وغيرهما، وإلا فلو كان الثمن من غير النقود، أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة؛ لأنه لا يبقى محظور فى المفاضلة، فالمشترى [أن][٣]يرجع بأرش العيب القديم، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين، وحكى أبو إسحاق العراقى فيه وجهين وأظنهما فى الذخائر، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوى فى التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز.

قال القاضى حسين: فإن كان نقد البلد ذهبا والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد، ثم يسترد الأرش من الثمن، إن كان عرضا فمن العرض، أو ذهبا فمن الذهب، فإن كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة، قال القاضى حسين: يحتمل وجهين:

**أحدهما**: يقوم نقد البلد، فإن كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فلا يمتنع الرد ولا أرش.
(٣) سقط فى ط.

عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب، كى لا يؤدى إلى الربا، هكذا رأيته فى النسخة وكأنه سقط منها شىء.

**الثالث**: فى التنبيه على أمور واضحة ذكر الفضة على سبيل المثال الربوى[(١)]، والذهب كذلك، ولكن إناء الذهب حرام عند المصنف، ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها، فيكون عيبا، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن إن أمكن فرض ذلك، لم يكن الكسر منقصا؛ لأن القيمة لا تعتبر حينئذ، والكسر مثال لحدوث عيب، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك.

**الرابع**: أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرش الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما[(٢)] تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن، وقد تقدم عن الغزالى تردد فى أنه غرامة جديدة، ولذلك[(٣)] قال الغزالى هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب، قال: فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم مبتدأ أو فى مقابلة المعقود عليه، ويعنى بالأرشين أرش القديم وأرش الحادث يعنى أن علة[(٤)] قول ابن سريج يكون الأرش عن القديم جزءا من الثمن لما تقدم، والأرش عن الحادث كذلك؛ لأن ابن سريج يجعله فى مقابلة ما فات من المبيع، وأن الفسخ فى غير الربوى يرد عليه إذا ضم مع المبيع، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ.

فظهر لك بما قاله الغزالى أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرش جزء من الثمن، ومأخذ [الوجه][(٥)] الثالث أنه غرم مبتدأ، لكن الإمام قد اختار قول صاحب التقريب هنا، وقد تقدم عنه قول[(٦)] بأن الأرش جزء من الثمن، فطريق الجميع[(٧)] بأن القائل

---

(١) فى أ: للربوى.
(٢) فى أ: لما.
(٣) فى أ: وكذلك.
(٤) فى أ: على.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى أ: قوله.
(٧) فى أ: أن.

بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الإمام فى أنه انتقاص جديد، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم، وكذلك علل الإمام فى هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة، ولو كان الأرش غرما مبتدأ لم يحتج إلى ذلك.

وقال الإمام أيضا: إن كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة، لا يخلو عن حيد عن قانون فى القياس، جار فى حال الاختيار، ولم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل، والضرورة تحوج إلى واحد منهما، فهذا الكلام من الإمام يدل على أن الأرش ليس غرما مبتدأ من كل وجه؛ إذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون.

وفى كلامه، وفيما تقدم عنه، وفى النظر ما يدل على ذلك أيضا.

ولذلك قال فى توجيه كلام صاحب التقريب إن غرامة الأرش فى هذا المضيق تقدر كأرش مبتدأ، مرتب على جناية على ملكه.

**الخامس**: أن الفاسخ للبيع هو الحاكم.

صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما.

ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج: إن للمشترى أن يفسخ - أيضا - كما يقول فى التخالف: إن لكل منهما - أيضا - أن يفسخ على الأصح إن قلنا بذلك كما ستعرفه فى بابه فإنه عندنا فيه وقفة.

وأما على قول الأكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف، وإنما هو رد بالعيب، لا مدخل للحاكم فيه، غير أنه امتنع دخول الأرش فيه، وجعل غرامة مبتدأة، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ، كما وعدت به من قبل.

**السادس**: قول المصنف لم[1] يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ، والفسخ يرد على الإناء خاصة، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع، إذا ورد الرد عليها فى هذه الصورة أدى إلى الربا، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه إلى ملك المشترى، وليس فى الأوجه من يقول بجواز رد الأرش مع المبيع، إلا ما قال الرافعى: إنه قياس الوجه الثالث.

---

(١) فى أ: ثم.

فلذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب.

وعبارة الرافعى أنه يرده مع أرش النقصان.

ويجب تأويلها على المعية فى الوجوب لا فى انسحاب حكم الرد عليها على أن الإمام ذكر هنا كلاما بليغا فى تحقيق رد الأرش مع العيب[١] بالعيب الحادث.

وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى فى جميع الصور، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام فى أخذ الأرش عن العيب الحادث فى الفصل الذى قبل هذا.

**السابع**: أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركى، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشى، وكلام الرافعى يقتضى أنه عنه.

**الثامن**: من قول المصنف فى تعليل قول الداركى لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به، يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الأرش غرم مبتدأ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل.

فقوله: ظهر ينفى كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك إما أن يكون ذلك بطريق الشين[٢] أو بطريق إنشاء نقص جديد فيه ما تقدم من البحث.

الأقرب إلى عبارة المصنف: الأول والموافق لكلام الإمام الثانى.

**التاسع**: الدليل الذى ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع بالاتفاق.

ولم يقل أحد بأنه لا يجوز؛ لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأنا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الأرش، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع؛ لإفضائه إلى جهالة الثمن وبطلان العقد من أصله، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم، وهذا بينه وبين ما ذكره الإمام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة، فإنه قال: إنه فى هذا المضيق كأرش مبتدإ مرتب على جناية فإذن هذا القول واحد، ومأخذه مختلف.

---

(١) فى أ: المعيب.

(٢) فى أ: التبين.

المصنف يشير إلى أن المقابلة تغيرت، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها، والإمام يقول فى هذه المسألة: الضرورة تجعله كغرم مبتدإ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الإمام، فإن المصنف يحتاج إلى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر، وليت شعرى هل الرجوع بالأرش مجمع عليه؟ أو فيه نص أو لا؟ فإنه إن كان فيه نص أو إجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له، أو يجعله كغرم مبتدإ اتباعا، وإن لم يكن فيه إجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الإشكالات؟ وما الموجب لارتكابها؟.

**العاشر**: [لا جواب، وما استدل][1] به الداركى أنه إنما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق العين[2]، أما إذا قلنا: إن المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا.

وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم.

وإذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى، فامتنع الرجوع بالأرش كذلك.

قال الفارقى فى الجهالة: يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل[3] بغير فعله.

ولهذا لو أسلم إلى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم إليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح.

**الحادى عشر**: أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام، وفيه نظر.

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح.

فالعيب حدث على ملك المشترى فكيف يغرمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكا له، وأشار الإمام إلى أن ذلك على سبيل التقدير، ونظره بقول منصوص للشافعى: إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى، ويرد إليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل.

**الثانى عشر**: مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعى فى

(١) فى أ: فى جواب ما استدل.
(٢) فى أ: التبين.
(٣) فى أ: والحاصلة.

الرجل يشترى ثمره قبل بدو الصلاح بشرط القطع، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدى ذلك إليه من الإضرار بصاحبه أو بالمساكين، هكذا رأيته فى تعليقته ولم أفهمه، وإنما يفسخ البيع فيما إذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين.

ثم فى مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك.

**الثالث عشر**: صورة المسألة إذا كان الإناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذى ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه ينفسخ العقد، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف إن كان متقوما، ومثله إن كان مثليا.

ولا يمكن أخذ الأرش.

وقال القاضى حسين: إنه يأخذ الأرش.

وصححه فى التهذيب وقد تقدمت المسألة فى باب الربا.

وذكره القاضى حسين.

وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركى فى حالة البقاء، ويلزمهما موافقته هناك.

وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج فى حالة البقاء.

وألجأهم إلى ذلك امتناع الرد بالتلف، واحتاجوا إلى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب فى غير هذه الصورة.

حيث يكون أخذ الأرش ممكنا.

قالوا: وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ.

وقد جوز الشافعى الإقالة بعد التلف، وكذلك فى التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول فى حالة البقاء كحالة التلف.

وذكر القاضى حسين فى هذا الباب ثلاثة أوجه، قال: وفى المسألة إشكال.

وقد تقدم فى باب الربا اختياره، وحكاية الأوجه الثلاثة.

وفى الحاوى فى باب الربا عند التلف أنه إن كان بجنسه لم يرجع بالأرش، وإن كان بغير جنسه من النقدين فوجهان أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهبا.

**والثانى**: وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز؛ لأن

الصرف أضيق، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلا فيها وقد تقدم ذلك، وتفريعه عنه فى باب الربا، وقياس ذلك أن يجرى هنا فى حالة البناء، لكن الماوردى فرض ذلك فى الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن.

**الرابع عشر**: متى كان كسر الإناء من المشترى فلا فرق [أن يكون][١] بين بعد القبض أو قبله، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا إشكال، وفيه فرض الإمام المسألة، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتى المسألة، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتف على ما تقدم أن المشترى إذا قبض المبيع فى زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا؟ وفيه طرق تقدمت، فإن قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه فى يده، وهو ظاهر نص الشافعى، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش، فهو كما قبل التقابض فلا تأتى المسألة وإن قلنا من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف [هناك][٢] فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير، ولم أجد فى شىء من ذلك نقلا ولكنه قضية التفريع، والطرق التى فى قبض المبيع فى زمن الخيار، تقدمت فى هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض.

**الخامس عشر**: إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه، فقد تقدم فى حكاية [قول][٣] ابن سريج أنها تكون من غير جنسه.

هكذا حكاه الرافعى، يعنى إذا كان فضة يعطى قيمته ذهبا، وإن كان ذهبا يعطى قيمته فضة.

وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن سريج، وقاله القاضى أبو الطيب من عند نفسه فى حالة التلف أيضا، والأكثرون لم يعتبروا ذلك، بل أطلقوا [رده][٤] القيمة.

وهو أحسن [لأن][٥] هذه غرامة.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.

وليست عقد حتى تحذر فيه من الربا، وقد حكى العراقيون فيما إذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه: أصحها: يضمن بالنقد الغالب.

**والثاني**: يقوم بغير جنسه.

**والثالث**: بمثل وزنه من جنسه، والزيادة من غير جنسه.

قال أبو سعيد الهروى: وكان القاضى الحسين يعيب هذا ويقول: الإتلاف ليس مقيسا على البيع فى أمر الربا.

**قلت**: فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتى مثلها هنا.

**السادس عشر**: غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه، هل يكون من نقد البلد؟ وإن كان من الجنس قولا واحدا أو يجرى فيها الخلاف الذى فى الغصب الظاهر الثانى لأنهم شبهوه بالمستام.

**السابع عشر**: قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة، واختار الثالث منها، وكذلك قال الغزالى فى البسيط: إنه لم يصر صائر إلى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث.

كما فى سائر العيوب، وإن كان محتملا بحكم التوجيه الذى ذكرناه للوجهين.

لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا، فلم يثبت الخيرة.

وهذا الذى قاله الإمام والغزالى يرد القياس الذى قال الرافعى: إنه قياس الوجه الثالث، لا سيما وهو مختار الإمام.

وهو أعرف بقياسه، ولا شك أن القياس كما قال الرافعى، ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعد من الربا.

ولو ثبت ما قاله الرافعى من القياس؛ لكان لنا قائل بالتخيير والإمام قد نفاه.

**الثامن عشر**: صورة المسألة أن يكون العيب الذى ظهر بالإناء كالكسر ونحوه، فلو كان يخرجه عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة.

**التاسع عشر**: أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالإناء والحلى، بل هو فى كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين، كما إذا باع صاع حنطة بصاع، واطلع أحدهما على عيب فيما أخذه بعد حدوث عيب فى يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التتمة، وقال إن الحكم فى سائر أموال الربا كذلك.

وكذلك قال غيره.

**العشرون**: أن أرش الكسر الذى يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن، بل ما نقص من القيمة [هنا يقتضى تشبيهه][(١)] بالمستام، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره وقال أبو حامد بن يونس فى شرح الوجيز، اعتراضا على جعله كالجناية بعد الفسخ: إنه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص، والمغروم جزء من الثمن، وكلام الغزالى ساعده، ولولا ذلك لم يحتج إلى الفرار من الربا، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره تمام هذا البحث، والأقرب هنا ما قلناه أولا، وهو أنه لا يكون منسوبا من الثمن بل من القيمة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزا أو بيضا أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه إلا بكسره - فينظر فيه فإن كسره فوجده لا قيمة للباقى كالبيض المذر والرمان العفن - فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له .لا يصح بيعه فيجب رد الثمن».**

**الشرح**: تقدم الكلام فى النقص الذى لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف، وإنما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما إذا كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه وما إذا كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه، وكلا القسمين سيأتيان فى كلامه إن شاء الله تعالى، إذا عرفت ذلك فنقول: ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله فى جوفه أو غيره، كالبطيخ والرانج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض، فكسره فوجده فاسدا لا قيمة له كالبيض المذر الذى لا يصلح لشىء، والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرانج والقثاء المدود، فقد نص الشافعى - رحمه الله - والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن.

قال المزنى: سمعت الشافعى يقول: كل ما اشتريت مما يكون مأكوله فى جوفه فكسرته فأصبته فاسدا فلك رده، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا، قال: وقال فى موضع آخر: فيها قولان:

**أحدهما**: ليس له الرد إلا إن شاء البائع، وللمشترى ما بين قيمته صحيحا وفاسدا

---

(١) فى أ: هذا مقتضى تسميته.

[إلا أن يكون][(١)]له فاسدا قيمة، فيرجع بجميع الثمن [إذا لم يكن لفاسده قيمة][(٢)][قلت][(٣)]والقولان هكذا ذكرهما الشافعى فى الأم فى الجزء الثامن فى باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله، وما ذكره الشافعى - رضى الله عنه - من الرجوع بجميع الثمن إذا لم يكن لفاسده قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا فى طريقه فالجمهور من الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين، على أنه تبين فساد البيع كما ذكره المصنف لوروده على غير متقوم.

وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة، كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع.

وتظهر ثمرة الخلاف فى أن القشور الباقية بمن تختص؟ حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها، وكلام الشافعى محتمل لكل من الوجهين، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب، ونقل القاضى حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له فى الدرس: إذا كان لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا يتقوم، فقال: هو وإن كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة، وإن قلت لبقاء بعض المنافع فإنها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان، وخالف القاضى فى ذلك؛ لأن القصد من شراء البيض الطعم، ولا أحد يشترى البيض لينقش وتلعب به الصبيان، والإمام حكى قول القفال عن طائفة وأفسده لكن بغير الطريق الذى أفسده بها القاضى، فإن مقتضى كلام القاضى أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر، وليست مسوغة لإيراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة، والإمام فرض الكلام حيث لا قيمة مع الصحة، ومفهومه أنه إذا كانت له قيمة، وإن قلت نحكم بالصحة، لكنه فى آخر كلامه يقول: لا وجه إلا القطع بالفساد.

وقال الغزالى: إنه إذا لم يبق له بعد الكسر قيمة، قال الشافعى يسترد الثمن جميعه، فقال الأصحاب: معناه أنه يسترد أرش النقصان، لكن أرش [النقصان][(٤)]كمال الثمن إذا لم يبق له قيمة والوجه أن يقال: تبين بطلان العقد،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

فإن فرض له [قيمة](١) قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان، فقد بطلت المالية الآن.

فإن قلنا: طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فههنا يتقدم(٢) أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر إلا ما بقى بعد الاطلاع وإن جعل ذلك من ضمان المشترى فلا يتقدم(٣) معه أن يسترد تمام الثمن.

هذا كلام الغزالى وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال، ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما إذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا، كما اقتضاه كلام الإمام، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة، وذلك خلاف ما قاله القاضى حسين ومقتضى كلام الغزالى فى هذه المسألة الحالة إذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف فى استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ، كما فى قتل العبد المرتد فى يد المشترى وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه:

**الأصح**: أن البيع باطل.

**والثانى**: أنه يصح وينفسخ بعد ذلك، ويسترد جميع الثمن، وهذا غير قول القفال [لأن القفال](٤) يقول: إن ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشترى، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ إذ ترجع(٥) القشور للبائع، ويلزمه تنظيف المكان عنها.

**والثالث**: أنه يصح ولا ينفسخ، لكن يكون له أرش العيب، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال.

**والرابع**: أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر، وهذا الوجه مخالف لنص الشافعى، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده فى حال صحته

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ينقدح.
(٣) فى أ: ينقدح.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى أ: أن يرجع.

فيحملها على مراتب:

إحداها: أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة فى حال صحته أصلا.

وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا، على ما اقتضاه كلام القاضى حسين، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالى.

**الثانية**: أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان.

فهى محل أربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالى.

فإن كلامه يقتضى ذلك فى هذه.

**المرتبة الثالثة**: أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة فى صحة إيراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر.

وهذا الفرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا.

لكن يأتى الوجهان المفهومان من كلام الغزالى فى المرتبة الثانية أحدهما: أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن [كله][1]، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع، وإن حصل فى يد المشترى.

**والثانى**: أنه لا ينفسخ إذا قلنا: ذلك ليس من ضمان البائع، لكن يرجع المشترى على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر، وهذان الوجهان إذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا إشكال فى جريانهما ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعى على ذلك، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد، والخلاف فى كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا.

سيأتى - إن شاء الله تعالى - فيما إذا كان له بعد الكسر قيمة.

**والأصح**: أنه من ضمان البائع، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالى أنه ينفسخ.

وإن قلنا: إن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالى لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع فى المسألة الآتية، وشبه - أيضا - بالخلاف فى قتل المرتد فى يد المشترى

---

(١) سقط فى ط.

بالردة السابقة، هل يكون من ضمان البائع أو لا؟ والصحيح أنه من ضمان البائع.

إذا عرفت ذلك رجعنا إلى لفظ الكتاب قول المصنف: فوجده لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما إذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة، أو لا قيمة له أصلا، والأخير محل اتفاق.

**والثانى**: تقدم الكلام فيه، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر، [فلا نجعله][١] مدرجا فى كلام المصنف، فإنه بذلك[٢] يشكل الحكم بالبطلان لما تقدم، والأول وهو أن يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا وبين القفال، فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل القسمين؛ الأول والثالث، وتعليله بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له معتدا بها وقوله: «فيجب رد الثمن» هو المنصوص للشافعى وقوله: البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه.

**فرع**: قال ابن الرفعة: إنه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب والقفال - أيضا - فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا؟ فعلى القول بأنه استدراك للظلامة لا يكون له إلا إذا طلبه على الفور، كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشترى.

وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى زالت به المالية.

**قلت**: أما [قوله][٣] إذا قلنا: إنه استدراك للظلامة لا يكون إلا إذا طلبه على الفور، فإنه قد تقدم [لنا][٤] أنه عند امتناع البائع من أخذ المعيب وتعين الحق فى الأرش لا يجب أن المشترى يطلبه على الفور، وقبل امتناع البائع تقدم عن الرافعى وغيره أنه يعلمه به على الفور، فإن شاء قبله فهنا إن كان الرد عند القفال سائغا وأنه إذا طلبه البائع يجب، فالأمر كما قال، فإذا لم يعلمه به بطل الرد والأرش لكن ذلك لا فائدة فيه أصلا، ولا يحصل للبائع به مصلحة، وإن كان الرد عند القفال ممتنع

---

(١) فى أ: فلا يجعل.
(٢) فى أ: إذ ذاك.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

لخروجه عن المالية، فيكون الأرش متعينا ولا يجب طلبه على الفور، وهذا هو الأظهر، وأما قوله: على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين الكسر، وإلا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله، والله أعلم.

فرع: أطلق المصنف الكسر فى هذا القسم.

فيقتضى أن لا فرق بين أن يزيد فى الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب، وهو كذلك على المذهب لأنه إذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر، فلا فرق، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال: إن زاد فى الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشترى، فلا يكون الأرش جميع الثمن وفيه نظر.

فرع: إن اختلفا فى تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض، وما دود بعضه من المأكول نظرت فإن كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه ففيه قولان:**

**أحدهما: أنه لا يرد - وهو قول المزنى - لأنه نقص حدث فى يد المشترى، فمنع الرد كقطع الثوب.**

**والثانى: لا يمنع الرد؛ لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب.**

**فإن قلنا: لا يرد، رجع بأرش العيب على ما ذكرناه وإن قلنا: يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر؟ فيه قولان:**

**أحدهما: يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة.**

**والثانى: لا يلزمه؛ لأن الكسر الذى يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش.**

الشرح: إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره، وكان للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره، وكالرانج وغيره إذا بقيت له قيمة، فإن لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود.

قال القاضى أبو الطيب: لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب، وإن كان هكذا ففيه قولان، وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزنى، واتفقت الطرق على حكايتهما أظهرهما عند الأكثرين: أنه لا يمنع الرد، وهو ما أورده المصنف.

**ثانيا**: وهو الذى حكى المزنى فى كلامه أولا أنه سمعه من الشافعى، وبه قال مالك وأحمد فى رواية، وممن رجحه الماوردى والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعى وقاسوه على المصراة.

هكذا قاسه الأكثرون، والمصنف قاسه على نشر الثوب، وسنذكر سبب ذلك إن شاء الله تعالى.

**والقول الثانى**: أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وصححه صاحب التهذيب، قال المزنى بعد حكاية ما قدمته عن المختصر: هذا يعنى القول بأنه ليس له الرد أشبه بأصله؛ لأنه لا يرد الرانج مكسورا، كما لا يرد الثوب مقطوعا، إلا أن يشاء البائع، وأجاب الأصحاب بأن للشافعى فى الرانج قولين - أيضا - فإن قلنا: لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بأرش العيب القديم.

أو يضم أرش النقصان إليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعى.

وهو مأخوذ من كلام الإمام كما سنذكره فى آخر الكلام، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب، فمن أطلق أنه يرجع بالأرش، فإذا رجع بالأرش فيقوم صحيحا وقشره صحيح وفاسدا وقشره صحيح، وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن.

وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه، أى أنه يرجع من الثمن، وليس كالأرش الذى يرده المشترى على ما سيأتى - إن شاء الله تعالى - ولا يقومه مكسورا؛ لأن الكسر نقص حدث فى يده، وإنما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع.

وطريق الاطلاع على العيب [على][1]هذا القول من ضمان المشترى لأنا منعناه من الرد وإن قلنا يرد، وهو الأظهر، فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان:

**أحدهما**: نعم كالمصراة وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر فى قول

(١) سقط فى ط.

الشافعى: لك رده، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا فهذا صريح فى وجوب الأرش على المشترى إذا رد.

ورجح الغزالى هذا القول.

**والثانى**: لا؛ لأنه معذور فيه، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه، وهذا أصح عند الجرجانى وصاحب التهذيب وابن أبى عصرون والرافعى فى المحرر.

ولهذا قال فى الروضة: إنه الأظهر، ونقل الرافعى أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا.

ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبى حامد، ولم أر ذلك فى تعليقته، وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فإنه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم: ومن مجموع ذلك تأتى ثلاثة أقوال جمعها أبو إسحاق المروزى والشيخ أبو حامد فمن بعده، والغزالى جعلها أوجها:

**أحدها**: أنه لا يرد ويرجع بالأرش.

**والثانى**: يرد بغير أرش، وهو الأظهر عند الرافعى وغيره.

**والثالث**: يرد مع الأرش، قال الغزالى: وهو الأعدل.

ثم ننبه على أمور:

**أحدها**: أن طريق الاطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع، أو من ضمان المشترى، إن كان الأول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعى، وإن كان الثانى فليمتنع الرد، فالقول بأنه يرد مع الأرش خارج عن المأخذين، مع أنه المنصوص فى المختصر، وعلله الغزالى كما قال: إنه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا، وذلك من قبيل المصلحة المرسلة.

**الثانى**: قال الرافعى فى المحرر: إنه لا يمنع الرد، وإذا رد لم يغرم الأرش على الأظهر، وتبعه فى المنهاج فقال: رد ولا أرش عليه فى الأظهر، فإن أراد أن الرد مجزوم به والخلاف فى الخلاف فى الأرش، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها.

فالوجه أن يجعل قوله فى الأظهر غاية إليهما.

ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرش وهو القول الذى رجحه فى الشرح، ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرش.

**الثالث**: قال الإمام: مما يجب التنبيه له - ولا تتحقق الإحاطة بالمسألة دونه - أن المسألة التى نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول فى العيوب الحادثة إلا على قولنا: إن المشترى يرد المعيب المكسور من غير أرش، فإن لم نسلك هذا المسلك فلا فرق.

فإنا إذا ذكرنا فى الكسر خلافا فى المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب، فقد ذكرنا مثله فى كل عيب حادث، فلا تنفصل هذه المسألة عن غيرها إلا إذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش فى مقابلة عيب الكسر فلو قال قائل: مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشترى فيها بالرد مع غرامة الأرش كان هذا فرقا فى ترتيب مسألة على مسألة.

هذا كلام الإمام وهو فى نهاية الحسن، لكنه يقتضى أنه عند التنازع يأتى الخلاف فيمن يجاب فإن قلنا: فى تلك المسائل: يجاب المشترى فههنا أولى وإن قلنا: يجاب البائع مطلقا أو إذا طلب تقرير العقد فههنا خلاف، والذى يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه المزنى من الشافعى أن المجاب المشترى فى طلب الرد مع الأرش، والفرق بينه وبين تلك المسائل [ظاهر][1] أما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع الرد فتتحد هى وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعى، والظاهر أنه أخذه من كلام الإمام هنا.

**الرابع**: أنه إذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به، فإن لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد، وإن نقص فإن كان لا يوقف على عيبه إلا به، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به - ففى المسألة الأقوال المذكورة، وإن لم يكن من أهل الصنعة، ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى فيما إذا زاد فى الكسر، المذهب امتناع الرد.

وقال أبو إسحاق: على الأقوال.

وأطلق الأصحاب المسألة فصورها صاحب الحاوى فيما إذا كان مطويا على طاقين حتى يرى جميع الثوب من جانبيه فإن كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع،

---

(١) سقط فى ط.

إن لم تجوز خيار الرؤية.

قال الرافعى: وهذا أحسن[١].

لكن المطوى على طاقين لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهى الثوب، وفى الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق.

وقال إمام الحرمين: إن هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع الغائب، وذكر الرافعى تنزيلين آخرين.

**أحدهما**: أن يفرض رؤية الثوب قبل الطى، والطى قبل البيع.

**والثانى**: أن ما ينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشترى فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع.

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فإن أراد الذى لا يحصل به نقص، فالفرق ظاهر، وإن أراد ما يحصل به نقص وهى كالمسألة، والخلاف فيها كالخلاف، فكيف يجعلها أصلا ويقيس عليها؟.

وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعا، والظاهر أن المصنف إنما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة؛ لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبى حنيفة.

وأبو حنيفة لا يسلم الحكم فى المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب.

وكذلك فعل فى النكت قال: كنشر الثوب وقلب الصبرة.

وهذا يدل على أنه أراد النشر الذى لا يحصل به نقص، ولهذا لم يقل فى علته هنا: إنه نقص، بل قال: يعنى كأنه لكونه طريقا إلى معرفة العيب لا يعد نقصا.

**الخامس**: قال المرعشى: فى ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصرا ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه.

وهو أن العيب الحادث فى المصراة على ثلاثة أضرب: ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار.

كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرش.

---

(١) فى أ: وحسن.

وما فيه ثلاثة أقوال له: أنه مر فله الرد.

وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد؟ ونقص القطع أو لا.

ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل إلى علمه إلا بكسره.

فإذا كسره فأصابه فاسدا ففيه ثلاثة أقوال:

**أحدها**: يرده وما نقص.

**والثانى**: يأخذ الأرش.

**والثالث**: يرد ويأخذ جميع الثمن.

**قلت**: فإن كان مراده حيث لا نجعل فى العيب والخيار عيبا بذلك الغمز؛ فهو يخالف فرضه.

وإن حصل فيه بذلك عيب فإن لم تبق له قيمة لم يأت إلا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال.

وحينئذ القسم الثالث فى كلامه إن لم تبق له قيمة فلا يأتى فيه إلا قول واحد كذلك.

وإن بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن.

**السادس**: قول المصنف لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله فى جوفه، فإنه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم.

وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحا فلما قطعها وجدها عفنة.

قال القاضى حسين فى الفتاوى: فيه قولان كما مأكوله فى جوفه فإن قلنا: : لا رد له؛ يأخذ الأرش من البائع.

وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة، قال: وبه أفتى.

**قلت**: وهذا اختيار منه للقول المرجوح فى عدم الرد، ولا جرم.

صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن قلنا: يلزمه الأرش قوم معيبا صحيحا ومعيبا مكسورا، ثم [يرجع عليه بما][1] بين القيمتين؛ لأنه لما رد انفسخ العقد فيه**

(١) فى أ: يجب عليه ما.

**فصار كالمقبوض بالسوم، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة، ويخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن، فضمن نقصانه جزءا من الثمن».**

**الشرح**: إذا قلنا يلزم المشترى الأرش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذى رجحوه، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم إلى تمامها أو الأرش هنا مخالف لذلك الذى قاله المصنف هنا أنه مخالف، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره فى الكتاب، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعى وخلائق لا يحصون، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة، بل حيث أمرنا المشترى برد الأرش على البائع بعد الفسخ فى العيوب الحادثة، ولذلك قال الرويانى فيما إذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشترى.

وقلنا بأن الإقالة لا تنفسخ، وهو الأصح عند الرويانى إنه يرجع البائع على المشترى بالأرش قال: والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما.

وهذا الذى قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران:

**أحدهما**: من جهة البحث.

**والثانى**: من جهة النقل.

أما الذى من جهة البحث فقال مجلى فى الذخائر: فيه احتمال؛ لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه، فقد وجد العيب فى يده، وهو مضمون عليه بالثمن، فينبغى أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن.

وأما الذى من جهة النقل فقال المصنف فى باب اختلاف المتبايعين: إن المشترى إذا قطع يد العبد فى يد البائع لم يجز له الفسخ، فإن اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على المشترى بأرش النقص، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن، ولا يرجع بما نقص من القيمة، فلذلك قال القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع: إن المشترى إذا وطئ الجارية المبيعة البكر فى يد البائع، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرش البكارة منسوبا من الثمن، وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم

مات بآفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال: إذا قطع المشترى يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن، حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشترى على البائع بشىء.

وفى الحاوى حكاية خلاف فى صورة قطع اليد، فى أن البائع يرجع على المشترى عند تلف العبد بالأرش المقدر كالأجنبى، أو بما نقص من القيمة لأن الجناية كانت فى ملكه بخلاف الأجنبى.

وفى التهذيب هل يستقر على المشترى من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة؟ وهو المذهب فى تعليق القاضى حسين.

والمجزوم به فى شرح الفروع للقفال.

وقد قدمت ذلك عن القاضى حسين والقفال فى وطء البكر.

فهذه النقول كلها إلا ما فى الحاوى تدل على أن الأرش المأخوذ من المشترى مقدر من الثمن كالأرش المأخوذ من البائع، وذلك يؤيد ما قاله مجلى.

**والجواب**: أما ما ذكر من النقل فإن ابن أبى الدم فرق بين مسألتنا هذه.

وبين المسألة التى ذكرها المصنف فى اختلاف المتبايعين من وجهين:

**أحدهما**: أن المشترى لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره، فارتفع العقد قولا واحدا وصار كأن العقد لم يوجد، ولا كأنه التزم ثمنه؛ لأن العقد إنما انعقد بينهما على ظن المشترى السلامة التى يقتضيها مطلق العقد، فإذا بان كونه معيبا صار كأنه أتلفه، ولم يجر عليه عقد، فكان الثمن فى هذا بعيدا عن العقد، فلم ينسب القيمة إليه، وهذا معنى قول الشيخ: فصار كالمقبوض على وجه السوم، بخلاف مسألة العبد، فإن المشترى هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه، ولم ينسب البائع فيه إلى تقصير فى عيب أصلا، فكأن المشترى رضى بالعقد، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد، فاعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن.

**الفرق الثانى**: أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى فى أن جراح العبد من قيمته، كجراح الحر من ديته، فيده كنصف نفسه، فلو قتل المشترى العبد كان قابضا له قولا واحدا، فإذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديرا، فإذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن لقرب العقد من الاستقرار،

وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه فى الفرق بين المسألتين، ويفهم منه اختلاف ما بينهما، وقول الماوردى فى الوجه الأول: إنه يضمنه بالأرش المقرر كالأجنبى، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديرا.

وقوله: فى الوجه الثانى: إنه يضمنه بما نقص، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره، وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى فى جراح العبد.

**والثانى**: مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة.

بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب فى غير العبيد، وذكر الإمام فى الغصب خلافا فى أن المشترى إذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له؟ ويسقط ضمان العقد فى الباقى واستضعف القول بالسقوط، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله.

وما لحظه فى الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح، وما ذكره فى الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد؛ لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن.

وقد مال ابن الرفعة إلى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصحاب، على أن غريم المفلس إذا رجع فى العين وقد نقصت فى يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكروه بحالة فوات وصف مجرد من المبيع، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة مما ذكره المصنف فى باب اختلاف المتبايعين وغيره فى بعض الأجزاء، وهى أقرب إلى المقابلة من الصفات المجردة.

فلذلك جعل مستوفيا لها، وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات، فإن العبد إذا زنى أو سرق أو أبق لا يمكن أن يجعل المشترى بذلك مستوفيا لصفة السلامة منه، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته، قال: وهذا من دقيق الفقه فليتأمل.

**قلت**: وهو حسن إن سلم لكن يخدشه أمران:

**أحدهما**: تعليل المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه، وصار كالمقبوض بالسوم، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، وذلك لا فرق فيه بين الأجزاء والأوصاف، وكما أنا فى الأرش المأخوذ من البائع لا نفرق فيه بين الأجزاء والأوصاف، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرش جزء من الثمن ويأخذه عن الزنا

والإباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا من الثمن، وإن كانت ليست بمقابلته إلا على وجه التقدير إن صح، فكيف لا ينزلها فى جانب المشترى كذلك؟ وأيضا فإنهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزءا.

**والثانى**: أن الغزالى - رحمه الله - فى مسألة الحلى بعد أن حكى قول ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم ابتداء وفى مقابلة المعقود عليه، والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعا، يعنى أنه جزء من الثمن، والفائت فى مسألة الحلى بالكسر وصف لا جزء، فكلام الغزالى هذا وإن استشكلنا به قول ابن الرفعة فإنه يشكل - أيضا - على ما قاله المصنف والأصحاب هنا من أن الأرش من المشترى لا يثبت من الثمن، بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالى: إنه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما، وقال: إنه المشهور.

ولا شك أن[١] المشهور الذى قال به معظم الأصحاب فى الأرش القديم، فلم لا كان كذلك فى الأرش الحادث؟ اللهم إلا أن يقال: لا يلزم من كونه جزءا من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد؛ لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه، فكلام الغزالى فى الأرش الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا، ثم إن للغزالى أن يقول للأصحاب: أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا، وقلتم: [أنه][٢] إما أن يرده وحده ويسترجع الثمن، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام، كما تقدم عن أكثر الأصحاب، وإما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج، وإما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب، ومنعوه[٣] أن يضم أرش الحادث إليه فى الرد، كما يفعل فى غيره، فإن كان الأرش حيث أخذ من المشترى لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى، بل صارت هى وغيرها الأرش الذى يرده المشترى كالأرش الذى يغرمه المستام، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه.

وإن كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم فى مسألة الحلى، وفروا إلى

---

(١) فى أ: أنه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: ومنعتموه.

أن جعلوه كالمستام لضرورة[١] فرارا من الربا، فدل على أنه فى غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن، وقد تقدم فى مسألة الحلى وغيرها أن الإمام نبه على [أن][٢] الأرش عن الحادث، كيف يضم إلى المبيع المعيب؟ ويرد الرد عليهما جميعا، واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق فإن صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى فى رد الأرش الحادث معها عن الإشكال، وبين ما قدمناه من الاحتمالات فى رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير.

لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الإشكال.

وعند هذا أقول: إن كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة فى يد المشترى كالزنا والسرقة والإباق.

فإذا فرض حصولها فى يد المشترى منعت الرد.

فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفى تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات.

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشترى ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه، فإن ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة، وكذلك كسر الحلى، فلذلك يضمنه.

وسائر صور حدوث العيب غير مسألتنا هذه، ومسألة الحلى الأمر فيها سهل إذا كانت على حسب التراضى فإن المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير.

أما إذا قلنا: المجاب البائع أو المشترى، ودعى إلى الرد مع الأرش، فيحتاج إليه.

وكذلك فى هذه المسألة إذا كان الأمر على ما تقدم عن الرافعى، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا إذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك إلى المشترى، وله إلزام البائع به، وفسخ العقد.

فيحتاج إلى البيان فيه.

---

(١) فى أ: للضرورة.

(٢) سقط فى ط.

ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام فى ذلك إلا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشترى يلزم البائع بالرد، ثم يبقى الأرش لازما له فاحتاجوا إلى بيانه.

ومسألة الحلى أولى بالبيان؛ لأن الأمر فيها على بيان الإلزام فإذا تقرر فحيث قلنا بالإلزام.

وكلام المصنف هنا والأصحاب، بل الشافعى فى المختصر يقتضى أن ذلك منسوب إلى القيمة.

وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى.

وأما كونه يرجع فى الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود فى الفلس وصول البائع إلى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع إلى عين ماله.

فإذا فات منها جزء نسبناه من الثمن؛ لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره، فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشترى هناك مراد اختياره ومقصوده نقص البيع الذى دلس عليه البائع فيه.

**فرع**: قال ابن الرفعة: على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه؟ فيه وجهان أصلهما) ما إذا تعيب العين فى يد المستام.

**أحدهما**: وقت حدوث العيب.

**والثانى**: أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين حدوث العيب.

وكذا فيما قد يظن أنه يقتضى أن العقد إذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب، وعلى الثانى يرتفع من حين القبض.

وليس كذلك، بل هو مرتفع من حينه، ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن، فيتعين الرجوع إلى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب؛ لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره، والقائل الآخر يقول: قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشترى، وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض إلى حين التلف فضمن أكثر القيمة فى ذلك.

قال: وعلى الجملة ففى التسوية بين المستام والمشترى فى هذا المقام نظر ظاهر

مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما إذا فسخ العقد بالتخالف، وقد نقص المبيع فى يد المشترى مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله، والأصح منهما عند الغزالى اعتبار وقت التلف، وليس الوجهان مثل الوجهين؛ لأن الفائت فى التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك، وهنا قد تقرر أن الفائت صفة، ولكنهما قريبان منهما.

**قلت**: وقد قال صاحب التتمة: إذا تحالفا والسلعة هالكة.

وقلنا: العقدّ يرتفع من أصله، صار كالمستام وإن قلنا من حينه، غرم أقل قيمتى يوم العقد والقبض، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشترى ينبغى بناؤه على ذلك.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان:**

**أحدهما لا يجوز الرد قولا واحدا؛ لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب.**

**والثانى: أنه على القولين؛ لأنه يشق التمييز بين القدر الذى يحتاج إليه فى معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير.**

**الشرح الطريقة الأولى**: هى المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاها الماوردى عن أبى حامد المروزى، وجمهور أصحابنا.

**والطريقة الثانية**: حكاها أبو إسحاق المروزى عن بعض أصحابنا.

فإذا قلنا: بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعى أى فيأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما إلى الأرش القديم والآخر إلى خلافه وإن قلنا بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف.

**فروع**[١]: إذا عرفت هذا قال أصحابنا: مكسور الجوز ونحوه.

ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه.

وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شىء فيه، وكذا

---

(١) فى أ: فرع.

التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير، والتدويد لا يعرف إلا بالتقوير وقد يحتاج إلى الشق ليعرف.

وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر.

قال القاضى حسين وغيره: والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد، وإن بان بالشق فلا.

**فرع:** روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابى اشترى لعمرو بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدى عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هى فاسدة، ثم ثانية، ثم ثالثة، حتى تتابع منهن فاسدات، فطلب الأعرابى يخاصمه إلى شريح، فقال شريح: أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار إن شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه.

وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعتهم به.

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت له أرش العيب؛ لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب)**

**الشرح:** امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم إمكانه؛ لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها إلا ما نقل عن أبى ثور وقد ذكرته عند الكلام فى المصراة من نقل الجوزى عنه.

لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعى.

وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس.

فيقتصر فيه على مورد النص فالإجماع[1]، ولم يحصل ذلك عند تلف العين، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا.

أو بان لنا فى الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف.

وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع فى يد المشترى (إذا قلنا) بانتقال الضمان يقبضه فى زمان الخيار فإنه يجوز كالتخالف والإقالة بعد تلف

---

(١) فى أ: والإجماع.

المبيع جائزة على الأصح إن قلنا إنها فسخ، وقيل: لا؛ لعدم الحاجة إليها.

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعا بعلتين:

**إحداهما**: ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيتبين لك فيما إذا باعه.

**والثانية**: أنه لم تستدرك الظلامة، وهو مقتضى علة أبى إسحاق فى مسألة البيع، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما إذا تلف فى يد المشترى الثانى - كما سيأتى - ولا جزء علة كذلك، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى، وأبو إسحاق بالعكس فإذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا، وإن وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا.

وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة، فاتفقوا على الرجوع بالأرش، فالمصنف تبع الأكثرين فى التعليل، ولم يعتبر قول أبى إسحاق وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة فى الفوات.

**إحداها**: فى الفوات الحسى.

**الثانية والثالثة**: فى الفوات الشرعى.

أما الأولى وهى هلاك المبيع، فذلك يشمل ما إذا هلك بنفسه، كموت العبد، واحتراق الثوب وشبههما، وهذا لا خلاف فيه.

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر وروى ذلك عن الشعبى والزهرى وحكى الإمام قبيل كتاب الرهن فيما إذا قبض المسلم المسلم فيه قال: وذهب المزنى إلى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض.

قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما فى الذمة كالمعين فى العقد، قلت: وليس كذلك.

وقد كنت استغربت هذا القول عن المزنى فتبعت أثره فرأيت فى تعليق القاضى حسين قبيل كتاب الرهن - أيضا - ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا، وذلك أنه قال: إذا أسلم فى طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقى فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم إليه، فإن نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرش.

قال المزنى: وجب ألا يجوز له الرجوع بالأرش؛ لأنه يؤدى إلى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقى.

قلنا: هذا ليس من الاستبدال فى شىء، وإنما هو فسخ العقد فى البعض؛ لأنه كاحتباس جزء، ألا ترى أنه إنما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال لو أسلم فى كر حنطة فقبضها وأتلفها.

ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها، رجع على المسلم إليه بعشر رأس المال، فكلام القاضى هذا يبين لنا أن مأخذ المزنى فى ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه، والإمام أخذ ذلك عن القاضى واختصر وسكت عن مأخذه، واقتصر على حكاية النقل عن المزنى، فى حالة التلف، فحصل فى كلامه إشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا، وبما ذكره القاضى اندفع ذلك، ومقتضاه أن المزنى يمنع أخذ الأرش عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره.

ثم إن القاضى - أيضا - [إنما][١] فرضها فى الإتلاف لا فى التلف، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذى يحصل هلاك المبيع بنفسه، وأما إذا قتل العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذلك عندنا، سواء حصل ذلك بفعل المشترى أو أجنبى.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع بالأرش فيهما؛ لأنه فعل مضمون فأشبه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والإعتاق، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس.

وعن الإمساك بدلالته على الرضا بالعيب.

وأما الثانية والثالثة، وهى ما إذا أعتقه أو وقفه، فاتفق أصحابنا - أيضا - على أنه يرجع بالأرش، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبى والزهرى فيما روى عنهما فى العتق، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا: إذا أعتقه فقد وجب عليه.

ومحل اتفاق أصحابنا على [ذلك][٢] ما إذا كان العتق بإنشاء المشترى، كما تدل عليه عبارة المصنف وكان متبرعا بذلك، وفى معناه إنشاء وكيله.

أما لو لم يكن بإنشائه، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب، أو كان بإنشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق، فنقل الرافعى عن ابن كج

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

عن أبى الحسين وهو ابن القطان فى المسألة الأولى وجهين فى شراء القريب.

[وفى][(١)] الثانية: أنه لا أرش فى مسألة شرط العتق.

قال - يعنى ابن كج -: وعندى [أن][(٢)] له الأرش فى الصورتين، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه؛ لأنه الغالب، أو على سبيل المثال، وليس المقصود به الاحتراز، ولا يستثنى من كلامه شىء على رأى ابن كج - وهو الصحيح - وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذى يترجح فى مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج، وأما شراء القريب فإن كان مع جهل المشترى بالقرابة حين الشراء فكذلك، وبه جزم الإمام قبيل كتاب السلم، وإن علم المشترى حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال: إنه إنما بذل الثمن فى مقابلة العتق، وليس المال مقصودا له، لكن الأظهر الرجوع بالأرش أيضا؛ لأن المقصود إن كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله إنما كان فى مقابلة ما يظن من المبيع، فإذا فات جزء صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا لبعض الثمن فيرجع فى الباقى.

وأطلق الرويانى فى الحلية أنه لا يجب الأرش فى شراء القريب، قال: لأن المعنى فى العاقد لا فى العبد.

**قلت**: وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه فى إنشاء العتق تبرعا، وهو يوافق على أخذ الأرش.

وقد أورد الأصحاب سؤالا، وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وإن كان تبرعا.

قالوا: فإن قيل: إذا أعتقه فقد حصل له الثواب. فالجواب: أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم، لقوله ﷺ لما سأله أبو ذر - رضى الله عنه -: «أَى الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَعْلَاهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[(٣)] رواه البخارى، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشه.

فإن قيل: فيلزمه أن يتصدق به قلنا: ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق، وإنما هو

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه البخارى (٥/٤٤٨) كتاب العتق باب أى الرقاب أفضل (٢٥١٨).

عن الجزء الفائت.

هذا ذكره فى العتق المطلق، وهو يأتى فى العتق المشروط.

وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا.

**فرع**: يستثنى من إطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحلى، كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين، وصاحب التهذيب.

**فرع**: استيلاد الجارية مانع من الرد، وينتقل إلى الأرش كما فى الثلاثة التى ذكرها المصنف، ورابعها تشترك فى عدم إمكان النقل من شخص إلى شخص مطلقا، لكن الأول للهلاك الحسى، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف فى انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاد.

وأما ما لا يمنع النقل من شخص إلى شخص مطلقا، فإما أن يكون مع بقاء ملك المشترى، أو مع زواله إن كان مع زواله، وسيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

وإن كان مع مقابله، فقد تقدم جملة منه عند الكلام فى العيب الحادث؛ لأن منها ما هو عيب.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش؛ لأنه لم ييأس من الرد فإن رجع رده بالعيب وإن هلك أخذ عنه الأرش».**

**الشرح**: إذا أبق العبد فى يد المشترى ثم علم عيبه، فإن كان العيب القديم الذى علمه غير الإباق كالعرج والعور وغير ذلك، ولم يكن قد أبق فى يد البائع، فههنا الإباق فى يد المشترى عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع، فله الرجوع بأرش العيب القديم؛ لأنه أيس من الرد بحدوث العيب فى يده، ولم تستدرك الظلامة، فهذا لا خلاف فيه على المشهور، ويجب تقييد كلام المصنف به.

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال: الصحيح ليس له الأرش؛ لأنه يرجى أن يعود إلى يده، ويعرض الرأى على البائع فى قبوله على العيب، واستثنى العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما إذا قال البائع: أنا أرضى بالعيب الحادث، فلا يكون للمشترى المطالبة بالأرش، وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشترى حينئذ

المطالبة الآن؛ لأنه يسقط الأرش، والرد غير ممكن فى حال الإباق فيصبر حتى يعود فيرد.

لكن فيما قاله العجلى هنا نظر، والفرق بين طلب [قبول] البائع الرد هنا وفى غيره من المواضع ظاهر، لما فيه من ضرر المشترى هنا، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها، ورأيت فى الانتصار لابن أبى عصرون أنه إن رضى البائع برده فى إباقه سقط حق المشترى من الأرش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الإباق ويزول به الاعتراض على العجلى وابن الصباغ وإن كان العيب الذى اطلع عليه هو الإباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع، فذلك عيب قديم والإباق فى يد المشترى مسند إليه وإذا كان الإباق عادة له لم ينقصه الإباق الحادث ولكن المشترى لا يمكنه الرد ما دام آبقا، ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب؛ لأنه لم ييأس من رده.

قال القاضى أبو الطيب وغيره: وهذا الوضع يدل على صحة هذا التعليل، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو إسحاق لرجع بالأرش ههنا؛ لأنه يستدرك الظلامة، وهذا الإلزام يدل على أن أبا إسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ما دام آبقا، وكذلك قال المحاملى: إنه لا خلاف فيه بين أصحابنا، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرش، وعلله بعدم استدراك الظلامة، وأطلقه فيما إذا اطلع على عيب العبد بعد إباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم إباقًا أو غيره، وإن وجد به عيبا قديما غير الإباق [وقد كان][1] أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام آبقا ولا يرجع بالأرش هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما إذا كان المشترى قد رضى بإباقه، وهو صحيح فإن الإباق الطارئ لا يكون عيبا جديدا، ولا يمنع من الرد بغيره.

واتفق الجميع على أنه إذا رجع [رده][2] بالعيب وإن هلك فى الإباق رجع على البائع بأرش العيب، لا يختلف المذهب فى هذا إذا أبق فى يد المشترى، فإن أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض ففى وجه ضعيف أنه ينفسخ العقد

(١) فى أ: وكان قد.
(٢) سقط فى ط.

كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ؛ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشترى الرد به، وإطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الإباق وقد تقدم عن ابن الرفعة أن الإباق قبل القبض عذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الإباق وهو صحيح، فإنه لم يدخل بعد فى ضمان المشترى، ولا ترد هذه المسألة[(١)] على المصنف لأنه إنما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك.

قال الرويانى: فلو قال البائع للمشترى: لا تفسخ فأنا آتيك به فلا خيار له.

ولنرجع إلى الكلام فى الإباق بعد القبض.

اعلم أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الإباق فإن كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ - وهو الظاهر من كلامهم - فما الدليل على ذلك مع وجود العيب، وظاهر كلامهم الذى تقدم فى الثوب[(٢)] أنه لا يشترط حضور العين، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ فى غيبة المشترى والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك؟ فيه خلاف، وإن كان يشترط [رد][(٣)] العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشترى هنا فى مدة [خيار][(٤)] الإباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ إذا تلفظ به وحده.

فإن قلت هناك له فائدة إذا صدقه الخصم، وههنا لا فائدة فيه.

**قلت**: فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد، حتى إذا تلف بقيمته، ويسترد الثمن، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة، فينبغى أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به، وأن يرفع ذلك إلى الحاكم حتى يثبته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد، وإن كان المراد أن الإباق عذر فى التأخير لعدم إمكان الرد صورة، فلا عليه فى أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا، فما الدليل على جعل الإباق عذرا؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وإن تأخر طلب الثمن، وإن كان ذلك بعيدا من عبارتهم.

---

(١) فى أ: الصورة.

(٢) فى أ: الفور.

(٣) سقط فى ط.

(٤) سقط فى أ.

فإن قالوا [إنه][١]: لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض إلا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى؛ لأنها لا تبقى ملزمة، فنقول: فينبغى أن يشهد، وأيضا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة إلى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها، وممن ننبه عليه فى ذلك أن الإباق إذا تكرر فقد تنقص القيمة أكثر مما إذا صدر مرة واحدة، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشترى يجب أن يكون إباقه الثانى عيبا جديدا إذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الأول، فلا[٢] كان مانعا من الرد.

فإن قيل بأن الإباق الثانى مسند إلى الأول [فإن الإباق الأول][٣] أثبت له عادة قلنا يجب[٤] أن يخرج على أن العيب الحادث إذا استند إلى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع؟ أو من ضمان المشترى؟ فإن قلنا: بالثانى يمتنع الرد هنا، ويرجع بأرش الأول، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما إذا كان الإباق فى يد المشترى لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع، واشتهر به، يعنى فلا يؤثر تكرر إباقه بعد ذلك، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الإباق السابق؛ لأن ذلك لا يتحقق والأولى تبقية كلام الأصحاب على إطلاقه، ومستندهم إسناد الثانى إلى الأول، وقلنا: ما أسند إلى سبب قديم فهو من ضمان البائع.

**فرع فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة**، إذا اطلع بعد الإباق إن كان آبقا قال مالك: يأخذ المشترى بالثمن ولا يصبره أن لا يجده، وقال سفيان الثورى: لا يقضى على البائع حتى يموت أو يرده، وهذا كقولنا: [التلف من ضمان البائع][٥].

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الإباق فإن الآبق متردد بين البقاء والتلف فإن كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن، وإن كان تالفا استحق أخذ الأرش، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: فهلا.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: فيجب.
(٥) سقط فى أ.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش، قال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة فغبن كما غبن، فزال عنه ضرر العيب، وقال أكثر أصحابنا: العلة فيه أنه لم ييأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه».**

**الشرح**: إذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده، ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد فى الحال.

وأما الرجوع بالأرش فإن زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان أشهرهما - وهو الذى قطع به المصنف فى هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والجرجانى والشاشى وابن أبى عصرون من العراقيين والقاضى حسين قال والفورانى والبغوى من الخراسانيين -: إنه ليس له المطالبة بالأرش، وبه قال جمهور العلماء، وهو الذى نص الشافعى عليه فى المختصر، فقال: ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشىء، واختلف أصحابنا فى علة هذا القول فقال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظلامة، وروج كما روج عليه، وتلخص منه، ونسبه ابن الصباغ إلى غيرهما أيضا.

وقال ابن أبى هريرة: لأنه ما أيس من الرد فربما يعود إليه، ويتمكن من رده.

وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى، وقال الرافعى: ورأيته منصوصا عليه فى اختلاف العراقيين.

**قلت**: وهو كذلك فى باب الاختلاف فى العيب، قال الشافعى: إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف، ولا يرجع على البائع بشىء من نقص المعيب، يقال له: ردها أو احبس، وإنما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو أعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال، فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها.

ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى، وسيأتى من نصه فى البويطى ما يشهد لقول أبى إسحاق فى المعنى الذى علل به، واعترضوا على علة أبى إسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره.

**القول الثانى**: وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش، وبه قال عبد الله ابن الحسن

وابن أبى ليلى، وهو الأصح عند المالكية، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال: وقيل: يرجع، وليس بشىء، وهذه التضعيفة[1] تقتضى أنه وجه، فإن عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب إلى الشافعى، وهذا مخرج خرجه ابن سريج والناقلون له قليل، منهم الإمام كما سنحكيه عنه، والغزالى وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا.

وقال الرافعى: [أن][2] فى رواية البويطى ما يقتضيه: قال ابن الرفعة: وهو صحيح إذ فى مختصره إذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب، إلا أن يرده جميعا وقد قيل: يخير البائع فإذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشترى ممن اشترى منه فذاك، وإلا رجع عليه بقيمة العيب، وهو أحب إلى. انتهى.

**قلت:** وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشترى فيوجد به العيب، ورأيت فيه - أيضا - قبل ذلك فى باب القراض، وإذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فأشرك فيها رجلا فإن أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع؛ لأنه باع عبده مجموعا، فليس له أن يبعضه عليه، ويكون للشريك الرد على الذى أشركه، فإذا رد عليه فله أن يرده، وإن أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب.

وقيل: لا يرجع بشىء، انتهى.

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع؛ لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش [أو][3] بأنه لا يرجع بشىء على القول الآخر، فلو كان عند بيع الجميع [ثبت][4] له الأرش كاملا، لكان ههنا أولى، فلما لم يحكم إلا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده.

وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما إذا باع بعض العين، وتحصلنا للشافعى فيما إذا باع نصف العين على قولين:

---

(١) فى أ: الصيغة.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: يثبت.

**أحدهما**: أنه يطالب بنصف الأرش.

**والثاني**: لا يطالب بشيء.

وأما النص الآخر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان - أيضا -:

**أحدهما**: أنه لا يرجع بشيء كالقول الذى هنا.

**والثاني**: فيه احتمال، وهو قوله: رجع عليه بقيمة العيب، وهو أحب إلى، يحتمل أن يريد بقيمة العيب فى النصف الباقى فى يده، فيكون موافقا للنص الآخر الذى فى البويطى، وحينئذ لا يدل على أنه إذا باع الجميع يرجع بالأرش، بل يدل على أنه لا يرجع.

ويؤيد هذا أنه [إذا][1] قال: إذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشترى فذاك.

وظاهر ذلك أنه يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرشا عن النصف المبيع، فهذان الأمران يدلان على تأويل نصه فى البويطى على هذا، جمعا بين الكلامين، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذى خرجه ابن سريج كما للرافعى[2] وابن الرفعة بل يكون فيه [وفى][3] النص الآخر شاهدا على أحد القولين المذكورين فيه؛ لما قاله أبو إسحاق من التعليل باستدراك الظلامة، ولهذا أوجب أرش النصف فقط.

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لإمكان الرد، أو لوجب الجميع إن كان هذا الإمكان غير معين لبعده، على أن النص الذى فى البويطى فى باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين، والموجود فيه فى الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة أنه لا يرجع بشيء، ومن قول ابن أبى ليلى: أنه يرد بما[4] يده على البائع بقدر ثمنه، فإن كان قوله فى البويطى: وقيل: يجبر البائع[5] المراد به قول ابن أبى ليلى، فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لإثباته قولا للشافعى، ولا أعلم [هل][6] من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقل عن العلماء

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: قاله الرافعى.
(٣) سقط فى ط
(٤) فى أ: ما فى.
(٥) فى أ: البيع.
(٦) سقط فى ط.

الذين ينقل عنهم الشافعى، أو أنه لا بد من أن يصرح بأسمائهم، وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى النصف، تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرش، وفيه الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب ولا أدرى بماذا خرجه ابن سريج وقد رأيت فى البويطى ما يمكنْ أن يكون سندا للرافعى قبل باب الشركة.

قال من كلام الشافعى: وإن اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدا لما حدث عنده، فإن اشترى [سلعة][1] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر، ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده.

وقال أبو يعقوب وهو البويطى - إن باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدوث عيب، فيأخذ الأرش، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج، كما قال الرافعى.

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى؟ فيه نظر.

والظاهر الأول والإمام حكاه عن حكاية صاحب التقريب قولا، لكن فيما إذا رضى المشترى الثانى بالعيب وقال: إن القياس الرجوع، واقتضى كلامه أننا إذا قلنا بعدم الرجوع إذا رضى المشترى الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى، وإن قلنا بالرجوع إذا رضى فقبل اطلاعه وجهان، كما إذا زال بالهبة، وأولى بعدم الرجوع؛ لأن رد المشترى الثانى بالعيب على المشترى الأول ممكن ظاهر الإمكان، يطرد على نظم المعاملة، وإذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد، والقياس عند الإمام فيما إذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش، ونسبه إلى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقان:

**أحدهما**: القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين.

**والثانية**: حكاية الخلاف، ثم هو على الترتيب المتقدم، وقد قال الغزالى: إنه إذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش؛ لأنه روج على غيره.

وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع، كما قال الأكثرون، والنص، ولكنه هنا

---

(١) سقط فى أ.

خالف وقال: إن الأصح وجوبه، وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للأكثرين.

**فائدة:** قال الغزالى والإمام قبله: إن الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرش يقرب من القولين فى أن شهود الزور إذا شهدوا على إنسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون؟ على قولين ولا خلاف، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق؛ لأنه لا مستدرك لهما، والحيلولة فى المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك، فيكون كالشهادة فى الأول، والإمام خرج بالبناء عليه، والصحيح أن الشهود يغرمون، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالى هنا.

وقال الإمام فى الصورة المتقدمة: إنه القياس، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالى فى الشفعة على خلافه.

**فرع:** على تخريج ابن سريج: إذا أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن؟ فيه وجهان.

**فائدة:** إذا عرفت ذلك فقول المصنف: لم يجز له المطالبة بالأرش، يشمل ما إذا اطلع المشترى الثانى على العيب ورضى به، وما إذا لم يطلع وهو الأظهر فى الصورتين، الموافق لمقتضى النص، وفى كل منهما الخلاف، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الإمام ففى الثانية أبعد لقرب الإمكان.

وينبغى أن يقال فى الترتيب هكذا: إنا إن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه إلا بأن يرد عليه، وإن عللنا باليأس واليأس الحقيقى لم يحصل فى الصورتين، لكن حالة رضا المشترى الثانى قريبة من اليأس، ليعود العود مع أنه إن عاد يعود بملك جديد، فجرى فيها الخلاف، وقبل الاطلاع ليس العود بعيدا، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى، والقياس فى حالة رضا الثانى أو يرجع الأول بالأرش؛ لأنه لا يلزم من تبرع الثانى سقوط حق الأول.

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع فى الصورتين، وإنا لا نقول بسقوط حق الأول، ولكن يترقب عوده إليه فيرده، أو فواته بالكلية فيأخذ الأرش.

وقال الماوردى: إنه إذا رضى الثانى بالعيب استقر سقوط الأرش والرد، وهذا الذى قاله إنما يتجه على قول أبى إسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا

عنه.

وقد خرج من كلام المصنف ما إذا باعه بعد العلم بالعيب فإنه يبطل حقه؛ لأن ذلك رضا بالعيب، وأفهم آخر كلام المصنف أن فرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشترى، وهو باق فى ملك المشترى [الثانى](١) بحالة يمكن عوده، فلو فقد شيء من هذه الأمور، فسيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

وفهم من كلامه - أيضا - أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو فى ملك المشترى الثانى لا يبطل حقه، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب فى زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشترى أو رده بالعيب له رده على الأول، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب.

**قلت**: وفيه نظر إذا كان فى زمان الخيار [والخيار](٢) للبائع أولهما، فإنه متمكن من الرد ولا سيما إذا قلنا بأن الملك له.

**فرع**: اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه، فلا يرجع بأرش العيب؛ لأنه استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد؛ لأنه إن قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته.

قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن رد المشترى الثانى بالعيب على المشترى الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة».**

**الشرح**: هذا لا خلاف فيه، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول.

وعند أبى إسحاق بالثانى، واتفق الأصحاب [أنه لا يلفت](٣) إلى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف فى الرد بعد زوال الملك وعوده فى الصورة التى سنذكرها عمن يقول بالمأخذ المذكور: إنه يعتقد العائد ملكا جديدا، وليس الرد كذلك.

وعن أبى حنيفة أنه إن رده بقضاء القاضى ارتفع العقد من أصله، وللمشترى الرد

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: على أنه لا يلتفت.

على الأول، وإن لم [يرد][(١)] بالتراضى ارتفع فى الحال، فلم يكن له الرد.

قال الفوراني: وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله.

قلت وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب، ولكن بطريق الجواب أن يقال وإن قلنا بأن العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء؛ لأن الشراء الثانى انتقض.

والرد فسخ لا سبب جديد لملك آخر.

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال: إذا رده المشترى الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض، إلا أن يرد بحكم الحاكم، وذلك على ما تقدم من أصله، وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالإقالة.

**فرع**: ليس للمشترى الثانى رده على البائع الأول؛ لأنه ما تلقى الملك عنه، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح وفيه وجه آخر: أنه إذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول؛ لأن مال الغائب راجع إليه، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا.

حكاه صاحب التتمة [وقال صحيح][(٢)].

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن حدث عند الثانى عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه؛ لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة».**

**الشرح**: جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه إذا رجع المشترى الثانى على الأول بالأرش رجع الأول على بائعه؛ لأنه أيس من الرد، أى بحدوث العيب، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرش منه، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وقال: إن ذلك على التعليلين معا، وأما الرافعى - رحمه الله - فإنه قال على القول المشهور المخالف لتخريج ابن سريج: إنه إذا حدث عيب فى يد المشترى الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر إن قبله المشترى الأول مع العيب الحادث خير بائعه فإن قبله فذاك، وإلا أخذ الأرش منه.

---

(١) فى أ: ردّ.

(٢) فى أ: وقال: ليس بصحيح.

وعن أبي الحسين - وهو ابن القطان - أنه لا يأخذه، واسترداده رضا بالعيب.

وإن لم يقبله وغرم الأرش للثانى ففى رجوعه بالأرش على بائعه وجهان:

**أحدهما**: لا يرجع وبه، قال ابن الحداد: وهو الذى قاله الفورانى قال والماوردى؛ لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا بغرامة الأرش وأظهرهما يرجع؛ لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ أبو على: ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين إن عللنا بعلة أبى إسحاق وإذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع، وإن عللنا بعلة الأكثرين وابن أبى هريرة فلا يرجع؛ لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود إليه.

قال الشيخ أبو على: وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم الثانى، فإنه ربما لا يطالبه بشىء فيبقى مستدركا للظلامة، وهذا ما ذكره الرافعى رحمه الله، وأصل الترتيب فى تعليقة القاضى حسين والتهذيب، وقطع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع، والبقية من زيادات الرافعى، وأورد ابن الرفعة على بناء الشيخ أبى على أنه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثانى وهو قد قال بالأول فامتنع التخريج.

قال الرافعى: إنه على قول ابن سريج الذى خرجه للمشترى الأول أخذ الأرش من بائعه، كما لو لم [يكن][1] يحدث عيب، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشترى الثانى. انتهى.

**وأقول**: بعون الله تعالى: ما ذكره الرافعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع، فإن قبله وإلا انتقل إلى الأرش فالحق لا يثبت للمشترى فى الأرش حتى يمتنع البائع من قبوله، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف إذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع، وتعليله بأنه متبرع بغرامة الأرش، ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة؛ لأنه إذا جعله بغرامة الأرش متبرعا كما صرح به الرافعى عنه، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه.

وأما القول بالرجوع المقابل لقول [ابن الحداد فيحتمل أن يكون مفرعًا أيضًا على علة أبى إسحاق لكن القائل به لا يوافق][2] ابن الحداد فى جعله متبرعا وإن وافقه فى

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى ط.

أصل العلة، وأما على القول بأن العلة فى الرجوع اليأس - فإن كان المراد اليأس من الرد على سبيل الإلزام - فإن اليأس هنا غير موجود؛ لما قاله الشيخ أبو على من إمكان ارتفاع الحادث، وعوده إليه، فيتمكن[1] من رده بالإلزام حينئذ وربما[2] يعود إليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله، فيتمكن المشترى من الرد على سبيل المراضاة، وهو الذى وجب له ابتداء على رأى الرافعى، فإمكان إلزام الرد موجود إن كان هذا الإمكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده، وإمكان الرد بالتراضى موجود باحتمال عوده، فلم جعل الرافعى هنا الأصح أنه يرجع بالأرش؟ وسكت عن قول الشيخ أبى على، ثم قوله عن الشيخ أبى على: أنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثانى هذا إنما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة.

أما إذا عللنا باليأس فليس لقرابته[3] للثانى أثر، فإن إمكان الرد بالتراضى لا ينقطع بها، وإمكان الرد بالإلزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقرابة بل ينبغى إن كان له الرجوع رجع مطلقا، وإن لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا، وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع، وإن لم يغرم على اعتبار اليأس.

وكلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى تعليقهما يقتضى بإطلاقه أنه إذا حصل به نقص عند الثانى فللأول الرجوع بالأرش على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا: إن العلة استدراك الظلامة، وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى على: إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم، أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف، لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل.

وظاهر كلام الشيخ أبى على أن الصحيح عنده امتناع الرجوع إن كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرش ابتداء، فإنه يقتضى وجوب الأرش هنا مطلقا غرم أو لم يغرم، وأما

---

(١) فى ط: فيمكن.
(٢) فى أ: أو.
(٣) فى أ: لغرامته.

على ما تقدم عن الرافعى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع فينتقل إلى الأرش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا، غرم أو لم يغرم حتى يحصل اليأس.

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له فى هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الإلزام، وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر.

**فرع**: هذا الذى ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا، أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثانى الأرش من الأول رجع الأول على بائعه بلا خلاف

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن تلف فى يد الثانى وقلنا بتعليل أبى إسحاق لم يرجع؛ لأنه استدرك الظلامة وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش؛ لأنه قد أيس من الرد»**.

**الشرح**: إذا تلف فى يد المشترى الثانى أو كان عبدا فأعتقه، أو أمة فاستولدها، أو وقف المبيع، فقد حصل اليأس من الرد، فيرجع على الأصح، وعلى تعليل أبى إسحاق لا يرجع؛ لأنه بالبيع استدرك الظلامة، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح، وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب، وصورة المسألة إذا تلف فى يد الثانى من غير حدوث عيب، أو مع حدوثه، ولكن لم يغرم المشترى الأول الأرش للمشترى الثانى، إما لأنه أبرأه من الأرش، أو لم يبرئه، ولكن لم يغرم بعد، وقد صرح الرافعى بالمسألتين الأخيرتين، وقال: إن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم، وإن عللنا باليأس يرجع، أما إذا غرم الأرش للمشترى الثانى فإن المشترى الأول يرجع بالأرش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامة. صرح به القاضى حسين والرافعى.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو بإرث لم يرد، على تعليل أبى إسحاق؛ لأنه استدرك الظلامة، وعلى تعليل غيره يرد؛ لأنه أمكنه الرد»**.

**الشرح**: طريقة العراقيين والجمهور البناء فى هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع إليه بالإقالة أو الوصية، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد، وهو كذلك، ولأجل ذلك جزم به فى التنبيه، ويزداد فى حالة رجوعه بالبيع نظر آخر وهو أنه إن لم يكن علم

بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثانى فله الرد قطعا ولكن الخلاف فيمن يرد عليه، فعلى قول أبى إسحاق لا يرد على الأول، بل على الثانى فقط، وعلى الأصح له الرد عليهما، إن شاء رد على الأول، وإن شاء رد على الثانى، وإذا رد على الثانى فله رده عليه، وحينئذ يرده هو على الأول.

وقيل: لا يرده على الثانى؛ لأن فيه تطويلا، بل يرد على الأول، كذا حكاه، وقيل: لا يرد على الأول بل يرد على الثانى؛ لأنه الأقرب، والرد عليه ممكن بخلاف ما إذا رجع بالهبة ونحوها، حكاه الإمام، وإن كان المشترى الأول حين الشراء من الثانى عالما بالعيب لم يكن له أن يرد على الثانى، ورده على الأول يبنى على المعنيين، والصحيح الرد.

وقال القاضى حسين: ليس له الرد؛ لأنه بإقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضيا به، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك، والذى قاله هو القفال على ما نقله الرويانى وقال: إنه الصحيح وأن سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل.

وأما الإقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ: إنها تقبل الفسخ.

واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ فإن قلنا: إنها بيع، أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز فسخها احتمل أن يأتى فيها على الأوجه الثلاثة وإن قلنا فسخ، ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه.

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الأوجه، بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتى فيها قول القاضى فى حالة العلم - أيضا - لعدم العوض وقد سلك الإمام والغزالى فى بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعلا مأخذ الخلاف فى ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة فى باب التفليس من قولين منصوصين للشافعى إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، ثم باعه، ثم اشتراه، ثم جاء رأس الشهر ففى العتق قولان، وهما يشبهان الخلاف - أيضا - فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة، ثم أبانها، ثم جدد نكاحها، ثم وجدت الصفة، وهذا أصل تخرج عليه مسائل:

منها لو أفلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ؟.

ومنها لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد [هل][1] للأب الرجوع.

ومنها إذا زال ملك المرأة عن الصداق، ثم عاد إليها وطلقها زوجها قبل الدخول؟.

ومنها فى هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد، ثم رد المشترى المبيع بعيب، فهل يتعين لحق المشترى؟ فيه طريقان أحدهما تخريجه على الخلاف.

**والثانية**: القطع بأنه كالذى لم يزل؛ لأنه ليس مقصودا بالرد، والصحيح من ذلك كله فى هذه المسائل أنه كالذى لم يزل إلا الهبة، فالصحيح فيها أنه كالذى لم يعد.

واعلم أن طريقة المصنف والجمهور فى البناء لا إشكال فيها، وطريقة الإمام المذكورة يحتاج فيها إلى الفرق بين هذه الأبواب، ثم المسائل المذكورة أعنى فى عود المبيع بالبيع والهبة والإرث والإقالة ليست على وتيرة واحدة، فإن الهبة والبيع ملك جديد قطعا، والإرث - وإن كان جديدا - لكنه إذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان ذلك هو الملك الأول، والإقالة فسخ، فالعائد بها هو الملك الأول، وكان ينبغى أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب.

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وإن كانت فسخا فهى تشبهه بالتبع لأجل التراضى.

ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن إن سلم به[2] ما قاله القاضى أبو الطيب، وقد تقدم أن الرويانى اختار خلافه، وبناها على أنها فسخ أو بيع، وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها فى درجة واحدة لا ترتيب فيها.

نعم الإقالة لا بد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع، ثم إن القاعدة المذكورة التى بنى الإمام عليها لم يلاحظوها فى كل مكان، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول، ثم استرده بسبب جديد، لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسائل، فما الضابط فى جريان الخلاف المذكور؟ وما الداعى إلى أن يجعله كالذى لم يزل؟ أو

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: له.

كالذى لم يعد؟ ونحن نقطع بأنه زال وعاد، فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل فى المعنى، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره[1] الإمام مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس، أى إن قلنا: العلة استدراك الظلامة، لم يرد.

وإن قلنا: العلة اليأس، تبنى[2] على الزائل العائد، وعلى الجملة الصحيح جواز الرد، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح المنع.

**فرع**: اعلم بأنا إذا قلنا: الزائل العائد كالذى لم يعد كما صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشترى الأول طريق يتوقع بها العود والرد، إلا أن يرد المشترى الثانى فإن فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسد طريق الرد، وحينئذ يتعين وجوب الأرش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى، لكنه عمم مع رضا الثانى ودونه.

وكلا الأمرين ضعيف؛ لأنا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم يعد.

وأما الماوردى - رحمه الله - فإنه قال: [أنه][3] إذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الأرش والرد، وهذا إنما يستقيم على قول أبى إسحاق، أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد، وعلى رأى الإمام والغزالى لا يستقيم سقوط الأرش، وقد ذكرت ذلك عن الماوردى فيما مضى وذكرت له تأويلا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: « فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره، فإن كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه».**

**الشرح**: هذا بين لا إشكال فيه، [إلا أن][4] الهبة بعوض بيع، وحينئذ تأتى فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها.

وقول المصنف: وهبه من غيره.

قال النووى - رحمه الله - فى تهذيب [الأسماء و] اللغات: وأما قول الغزالى وغيره فى كتب الفقه: وهبت من فلان كذا، فهو مما ينكر على الفقهاء؛ لإدخالهم لفظة « من »، وإنما الجيد: وهبت زيدا مالا، ووهبت له مالا.

قال: وجوابه أن إدخال «من» هنا صحيح، وهى زيادة، وزيادتها فى الواجب

---

(١) فى أ: سلكه.
(٢) فى أ: انبنى.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: لأن.

جائزة عند الكوفيين من النحويين، وعند الأخفش من البصريين، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش؛ لأنه لم ييأس من الرد».**

**الشرح:** هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس، أما إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش؛ لأنه لم يستدرك، ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هى اليأس لاستدراك الظلامة، وهذه الطريقة هى التى يشعر بها إيراد المصنف، وبين ذلك أن القاضى أبا الطيب جزم بعدم الرجوع، وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف ثم قال: والتعليل الذى ذكره أبو إسحاق وهو استدراك الظلامة غير موجود ههنا، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو إسحاق.

وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم من هذا الكلام.

والرويانى صرح فى البحر بأن أبا إسحاق وافقنا على عدم الأرش هنا، واستدل بذلك على بطلان علته، لكن المحاملى صرح بأنه على تعليل أبى إسحاق له الأرش؛ لأنه لم يستدرك الظلامة، والماوردى - أيضا - صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين.

وحكى الرويانى ذلك عن بعض الأصحاب.

وهذه الطريقة أقوم إلا أن يكون أبو إسحاق صرح النقل عنه بذلك فيلزمه.

وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه إذا باع لا يرجع بالأرش، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضا. كذلك صرح به الرافعى.

تنبيه: الهبة قد يسمى فيها عوض، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لا يسمى فيها عوض لنا فى اقتضائها الثواب قولان:

فإن قلنا: لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف، والتفريع المذكور من الأصحاب، وإن قلنا: تقتضى الثواب فهى بمنزلة البيع.

كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور، ولم يقولوا كما قال المصنف: إما أن تكون بعوض أو لا.

والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف، فلك فى كلام المصنف طريقان.

إما أن تقول: إنا إذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض، فدخلت فى قوله الأول: إن الهبة بعوض ولم تدخل فى قوله ههنا بغير عوض، وأما أن تقول: إن قوله ههنا مفرع على المذهب فى عدم اقتضاء الهبة الثواب.

**فرع:** قال صاحب التهذيب: قال بعض أصحابنا: لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع؛ لأنه يمكنه أن يرجع فى الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه، قال: والصحيح أنه خارج عن ملكه.

**قلت:** يعنى أن بعض أصحابنا أشار إلى أنه لا يرجع بالأرش قولا واحدا ولا يخرج على المعنيين، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح، ويرجع على قول أبى إسحاق، وسنزيد لك أن للقطع فى هذه المسألة مأخذا آخر، ويصلح ذلك أن يكون جوابا لأبى إسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة، لكن فى صورة واحدة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف؛ لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة».**

**الشرح:** إذا وهبه بلا عوض ثم رجع إليه فالمصنف قد تبع القاضى أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل، وبقى الخلاف والتعليل.

والشيخ أبو حامد قال: إن رجع إليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه، كان له الرد.

والإمام حكى فيما إذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين.

**أحدهما:** له الرد؛ لأنه يرد ما ملك كما ملك.

**والثانى:** لا؛ لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم، وأطلق الرافعى الوجهين فيما إذا عاد لا بعوض وبناهما على أنه هل يأخذ الأرش؟ إذ لم[1] يعد إن قلنا لا، فله الرد؛ لأن ذلك لتوقع العود، وإن قلنا: يأخذ فينحصر الحق فيه، أو يعود إلى الرد عند القدرة.

فيه وجهان.

---

(١) فى أ: لو.

**قلت**: والقول بانحصار حقه فيه بعيد، ومع بعده إنما يمكن القول به إذا كان قد علم.

بالعيب، أما إذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم، وحكمه الرد إلا على وجه شاذ، وههنا أولى بألا يجرى ذلك الوجه.

وأما إذا عاد بعوض كالشراء، قال الرافعى فإن قلنا: لا رد فى الحالة الأولى فكذلك ههنا.

ويرد على البائع الأخير وإن قلنا يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق.

**قلت**: وهذا البناء والترتيب جيد، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف، لكن مع حكاية الخلاف فى المسائل الثلاث التى ذكرها.

وفى معناها الوصية والإقالة كما تقدم.

وأما إذا عاد بالرجوع فى هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحا بها إلا فى كلام الشيخ أبى حامد، ويحتمل أن يقال: إنه لا يجرى الخلاف فيها؛ لأن الرجوع فى الهبة بقبض[1] لها كالرد بالعيب، والعائد هو المالك، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد، كما لم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب، ويكون ههنا له الرد قولا واحدا.

ويحتمل أن يجرى فيها الخلاف - أيضا - كما يقتضيه إطلاق الإمام والرافعى أخذا مما ذكره الرافعى من انحصار حقه فيه.

وقد تقدم التنبيه على ضعفه، وقد اشتبه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع، واعترض عليه قولا وتعليلا، ولا حاجة إلى نقل كلامه، وإنما ذكرته لئلا يشتبه على غيره، كما اشتبه عليه، والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم، وقد تكمل شرح مسائل الكتاب، وبقيت فروع نذكرها إن شاء الله تعالى.

**فرع**: باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان فى يد زيد فإن كانا عالمين بالحال فلا رد، وإن كان زيد عالما فلا رد له ولا أرش.

وأما عمرو فلا رد له - أيضا - لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف

---

(١) فى أ: نقضى.

لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة[١] ولتوقع العودة فإن تلف فى يد زيد أخذ الأرش على التعليل الثانى دون الأول.

وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره، وإن كان عمرو عالما فلا رد له، ولزيد الرد.

وإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه.

ثم لعمرو أن يرد عليه، وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد فى أحد الوجهين؛ لأن عمرا يرد عليه، فلا فائدة وله الرد فى أصحهما؛ لأنه ربما يرضى به فلا يرد.

فلو تلفت فى يد زيد ثم عرف به عيبا قديما بحيث يرد لو بقى يرجع بالأرش [وحيث لا يرجع][٢].

وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثانى عليه، فعلى أى البائعين يرد؟ على الوجهين

**أحدهما**: على الأول؛ لأنه لا فائدة فى الرد على الثانى ورده.

**والثانى**: على الثانى؛ لأنه ربما يرضى به، وربما يكون بين الثمنين تفاوت.

قاله المتولى وغيره وعن أبى الطيب فى شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد بالعيب أصلا؛ لأنه لو رده لرده عليه، ولا يكون له معنى.

هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر.

بل هذا تعليل من يقول: لا يرد على الثانى.

وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد.

فليتأمل ذلك.

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرش على عمرو كان لعمرو - أيضا - أن يرجع بالأرش عليه، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد فرق ما بين الثمنين: وفى باب الأرش كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع.

قاله الشيخ أبو حامد.

ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشترى

---

(١) فى أ: ظلامته.
(٢) سقط فى أ.

الثانى عيبا كان فى يد البائع الأول.

فإن كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد.

وكذا إن كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة

**فرع**:لو تلف فى يد الموهوب له فللمشترى الواهب الرجوع بالأرش قولا واحدا.

قاله القاضى حسين

**فرع**: هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما إذا خرج المبيع كله عن ملك المشترى أما إذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد أحدهما) يرجع بنصف الأرش للباقى فى يده.

**والثانى**: لا يرجع بشىء.

ويجىء فيه القول الذى خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرش.

والأول أصح عند صاحب التهذيب، وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله، وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى.

وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون.

وهو يقتضى التعليل باليأس.

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرش النصف الباقى فى يده.

وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل.

وهو هنا أضعف.

وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده.

وقد تقدم عن الماوردى فى ذلك خلاف ضعيف، فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه.

وإذا قلنا يرد النصف على ما ذكره الماوردى يعود الخلاف فى النصف الخارج عن ملكه، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد؛ لأن وقت الرد يرده على الوجه الذى يملك به.

قال صاحب التتمة: وقال صاحب التهذيب: إنه الصحيح ونظره صاحب التتمة

بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك.

وهل له أخذ الأرش للنصف الباقى؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه، ولو أن مشترى النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشترى الأول على بائعه بأرش النصف الذى فى يده موسرا كان المعتق أو معسرا؛ لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا، والنصف الذى باعه إن رجع مشتريه عليه بأرشه، رجع هو - أيضا - على بائعه وإلا فوجهان.

قاله فى التهذيب، يعنى على علة أبى إسحاق لا يرجع.

وعلى المذهب يرجع، ولو قاسم المشترى[1] فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينا عن القاضى حسين.

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه إن قلنا: القسمة إفراز فله الرد وإن قلنا بيع فلا، قال: لأنه إن أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه، وإن أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز؛ لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب.

**قلت**: وهذا نظير قول القاضى حسين هناك، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع؛ لأن له الرد إذا رجع إليه بعد العيب[2] والهبة، وإن كان بطريق هو راض بها، وهو الأصح، هذا إذا كانت العين واحدة باع بعضها، فلو اشترى عينين فباع إحداهما ووجد بها العيب أو بالباقية، وقلنا: لا يجوز إفراد أحد العينين بالرد، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد - أيضا - ولا أرش لعدم اليأس، وينبغى على علة أبى إسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقى، وهو مقتضى تفريع الماوردى، فإن تلفت العين فى يد المشترى الثانى ففى رد الباقى فى يده القولان فى نظيره إذا كان التلف فى يده، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش [على المعنيين][3] لاستدراك الظلامة وللتوقع.

**فرع**: لو لم يخرج المبيع عن الملك، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة وغير ذلك فقد تقدم حكمه، وجملة من مسائله فيما إذا حصل فى المبيع نقص.

---

(١) فى أ: الشريك.
(٢) فى أ: البيع.
(٣) سقط فى ط.

**فرع**: لو كان المبيع باقيا بحاله فى يد المشترى وملكه والثمن تالف جاز الرد إذا اطلع على عيب فى المبيع، ويأخذ مثل الثمن إن كان مثليا، وقيمته إن كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل [فالزائد حدث][١] فى ملك البائع، وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشترى.

قال الرافعى: ويشبه أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى اعتبار الأرش.

**قلت**: وصرح البغوى والرافعى هنا بأنه من يوم العقد إلى يوم القبض، كعبارة النووى فى المنهاج هناك، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره بخلافها، فإما أن تكونا سواء كما قال النووى وإما أن يفرق، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض[٢]، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد؟ المشترى أو البائع إبداله؟.

قال الرافعى: فيه وجهان.

**أصحهما**: أولهما وقال الإمام: منهم من خرج استرداده على الوجهين، يعنى فى الزائل العائد، ومنهم من قطع بأنه يسترد، والفارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا، فلا يشترط فيه ما شرط فى المردود والمقصود.

**قلت**: وهذا كله فى الثمن المعين فى العقد، وإذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما إذا كان فى الذمة ونقده، ففى تعيينه لأخذ المشترى وجهان، لم يصحح الرافعى منهما شيئا.

وذكر فى الرجوع بالأرش فى نظيرها ما يقتضى أن الأصح التعين، وقد تعرضت له هناك.

ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين فى المجلس أو فى غيره.

وقد يقال: إن المعين فى المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده؛ لأن المعين فى المجلس كالمعين فى العقد على الأصح المذكور فى السلم، وكيفما كان، فالأصح التعين؛ لأنه [يرد المبيع فيرتفع][٣] ملك البائع عن الثمن، فلا وجه لتجويز إبداله.

---

(١) فى أ: فالزيادة حدثت.
(٢) فى أ: كالعرض.
(٣) فى أ: برد المبيع يرتفع.

هذا إذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فعيبه.

أما إذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأتى.

ولو أبرأ البائع المشترى من بعض الثمن، ثم رد المبيع بعيب، فإن كان الإبراء بعد التفرق رجع بتمام الثمن.

قال الرويانى: وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق، وإن كان الإبراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقى، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع، وقياس من يقول: يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول: يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشترى الثمن فقيل: يمتنع الرد بالعيب، وقيل: يرد ولا يطالب ببدل الثمن.

وإن كان الثمن باقيا فى يد البائع لكن ناقصا نظر إن تلف بعضه أخذ الباقى وبدل التالف، وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش فى أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا.

هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسألة فى فرع فيما إذا رد المبيع وهو ناقص، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته، وعن غيره الرجوع بالأرش.

وإطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرش ويتخير البائع كما يقول ابن سريج، وقد نقل النووى هذا الفرع عن القفال قال والصيدلانى [وآخرين بأنه يأخذه ناقصًا ذكره من ذياداته فى آخر مسألة فى هذا الباب فى الروضة وكان الأولى ذكره](١) مع كلام الرافعى

**فرع**: الثمن المعين إذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع، وإن لم يكن معينا وكان فى عقد لا يشترط فيه التقابض فى المجلس يستبدل، ولا يفسخ العقد، قال المتولى والرافعى: سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد، أو ظهر أن سكته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد، أو خرج نحاسا أو رصاصا.

**قلت**: وهذا فى غير المعين صحيح، وأما المعين إذا خرج نحاسا أو رصاصا

---

(١) سقط فى ط.

وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم فى باب الربا وسيأتى - إن شاء الله تعالى - فى كلام المصنف فى الفصل الذى بعد هذا بفصل، وقد تقدم فى باب الربا جملة من أحكام العيب فى عوض الصرف.

**فرع**: باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشترى بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب؛ لأنه إنما ملكه بالثمن وإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشترى فينفسخ بيع الثوب به.

وقال الأكثرون منهم الماوردى: يرجع بالألف؛ لأن الثوب مملوك بعقد آخر، وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصا.

ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب؛ لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد [ولا يرفعه][1] ويرفعه من أصله، وهو الأصح، وفيه وجه آخر.

**فرع**: اختلفا فى الثمن بعد رد المبيع، فعن ابن أبى هريرة قال: أعيتنى هذه المسألة، والأولى أن يتخالطا[2] وتبقى السلعة فى يد المشترى، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه.

قال أبو إسحاق: وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى إسحاق أن القول قول البائع؛ لأنه الغارم، كما لو اختلفا فى الثمن بعد الإقالة قال الرافعى: وهذا هو الصحيح

**فرع**: لو احتيج إلى الرجوع بالأرش فاختلفا فى الثمن، فعن رواية القاضى ابن كج فيه قولان.

الأظهر: أن القول قول البائع، قاله الرافعى

**فرع**: من زيادات النووى فى الروضة اشترى سلعة بألف فى الذمة فقضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد؟ وجهان:

**أحدهما**: على الأجنبى؛ لأنه الدافع.

**والثانى**: على المشترى؛ لأنه تقدر دخوله فى ملكه، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قابله.

---

(١) فى ط: ويرفعه.
(٢) فى أ: ويتخالفا.

وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره فى باب الرهن.

**قلت**: وذكر الرويانى فى البحر الوجهين وقال: إن الأصح الثانى.

قال: ولو خرجت السلعة مستحقة رد الألف على الأجنبى قطعا؛ لأنه تعين أن لا ثمن ولا بيع.

**فرع**: إذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة، فعن ابن الحداد له الرد، وعن أبى على لا؛ لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول، وأما بعد إخراج الزكاة فإن أخرجها من غيره وقلنا: التعليق بالذمة، فله الرد.

وإن قلنا بالشركة، فقيل: كالرجوع بعد البيع، وقيل: بالرد قطعا، لعدم استدراك الظلامة.

وإذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهو الأصح، وإن جوزنا التفريق رد بقسطه، وقيل: يرد الباقى وقيمة التالف، ولو اشترى عبدين فى صفقتين أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا.

فقال المشترى: رددت الذى بعشرة فالقول قول البائع؛ لأن الأصل براءة الذمة، ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخر ووجد بأحدهما عيبا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه، فلا رد له على واحد منهما، قالهما القاضى حسين فى الفتاوى.

**فرع**: اتفق الشافعى وأكثر العلماء على أن المشترى إذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه، وإذا كان تالفا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما.

وقال ابن أبى ليلى: إذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا فردها، فإن ماله قيمة الجارية، ولا يأخذ العبد، وكذلك نقلوه عنه فى الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد فى بقية الحيوان والعروض أم لا؟

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا، فإن خفى منه شىء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس».**

**الشرح**: لما تقدمت أحكام العيب احتاج إلى تعريفه، فعقد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب، ولما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها، وما ذكره من الضابط سديد، فإن المدرك فى ذلك العرف، ولولا ذلك واقتضى

العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد، فلذلك جعل ضابطه راجعا إلى العرف، فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا، وما لا فلا، ولكن الإحالة على العرف قد يقع فيها فى بعض الأوقات إلباس، فلأجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين، وأحسن شىء فيه ما أشار له الإمام رحمه الله، ولخصه الرافعى أن يقال: [ما ثبت](١) الرد بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون [الغالب](٢) فى أمثال ذلك المبيع عدمه.

وأحصر من ذلك أن يقال: ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه، وبعضهم قال: ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة.

قال الرافعى: فإنما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى، يعنى فإنه يرد به، وإن لم ينقص القيمة، لكنه نقص العين، وإنما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح؛ لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شيئا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد قال: ولهذا قال صاحب التقريب: إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد، وإلا فلا، وفيه احتراز - أيضا - عما إذا وجد العبد والجارية مختونين، فإنه فات جزء من أصل الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به إذا كان قد اندمل.

وإنما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه؛ لأن [البقاء به](٣) مثلا فى الإماء [معنى](٤) ينقص القيمة لكن لا رد بها؛ لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة إذا كانت الأمة كبيرة فى سن لا يغلب فيه ذلك.

وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحترز عما إذا نقص زائد من أصل الخلقة كالأصبع ونحوها، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها، فلا يثبت بزوالها رد. هكذا قاله صاحب التتمة وهذا فيه نظر.

---

(١) فى أ: يثبت.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: الثيابة.
(٤) سقط فى ط.

فإن القاضى أبا الطيب قال فى ذلك: إذا حدث فى يد المشترى، وجب أن يمنع من الرد فى يد عندى، وتابعه على ذلك ابن الصباغ فإن كان ذلك عيبا مانعا من الرد - كما قاله أبو الطيب - وجب أن يوجب الرد إذا حصل فى يد البائع وإن لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب ألا يمنع [الرد][1] إذا حدث فى يد المشترى [ولا يمكن حمل كلام أبى الطيب على ما إذا كان أثر القطع باقيًا كما ظنه بعضهم، فإن أبا الطيب صرح بأن ذلك مع زيادة القيمة، وخالف صاحب التتمة أبا الطيب وقال بأن حدوث ذلك فى يد المشترى][2] لا يمنع الرد.

فطرد قاعدته وجعل ما لا يثبت بفواته فى يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشترى فحصل الخلاف بين أبى الطيب والمتولى فى امتناع الرد بحدوثه.

وأما ثبوت الرد بوجوده فى يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به، ويجعله عيبا ويطرد قاعدته، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما فى المسألتين، ويمكن أن يقال: إن زوال الأصبع الزائدة ونحوها وإن لم يكن عيبا، إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحقه المشترى، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن، فلو رده المشترى بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه، فلذلك قال القاضى أبو الطيب: إنه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب، نعم إذا حصل زوال هذه الأصبع الزائدة ونحوها فى يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشترى الرد لزوال بعض ما شمله العقد، وإن لم يكن عيبا.

ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتبا فنسى الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وإن لم يكن عيبا.

بل فوات كمال.

وهذا وإن لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد.

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار فى حصول ذلك قبل القبض، وهو الذى يشعر به كلام صاحب التتمة الذى حكيته الآن.

وهو مخالف لما قلته من البحث.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

ولما قاله القاضى أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولا: إن ذلك الزائد وإن كان شمله العقد إلا أنه لا غرض فيه، فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشترى.

وإن أبقينا كلام أبى الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط.

وإن جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الإشارة إليه فى موانع الرد فيفصل فى فوات هذه الزيادة فى يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا، إذا لم يبق بسببها نقص.

ويكون كل ما يوجب الرد إذا كان البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشترى ولا ينعكس، فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث فى يد المشترى وبالعكس، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا، كما مثلناه فى فوات صفة الكمال قبل القبض، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط إلا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا.

وأصل هذا الضابط الذى ذكره الرافعى وأشار إليه الإمام للقاضى حسين، فإنه قال: الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه، أو فات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار.

وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار، وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب التصرية والعيب والخلف، وفى الضابط الذى تقدم كفاية، وبه تعرف ما يرد على حد القاضى.

وقال الغزالى: العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالأصبع الزائدة والخصى، فإن زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالى بهذا إلى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة فى دخوله على الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد

كانت زادت قيمته بسبب الكتابة، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت، [فإن][١] تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا.

وفى هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة، ولذلك قال الشافعى فى باب العيب فى الرهن: والعيب الذى يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شىء - قل أو كثر - حتى الأثر الذى لا يضر بعمله، والفعل.

فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة، ومراد الشافعى - والله أعلم بالثمن - القيمة.

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر: إذا كان بالرهن عيب فى بدنه أو عيب فى فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له، والرهن والبيع ثابتان.

وهذا النص مثل الأول، وقول المصنف: والعيب الذى يرد به المبيع.

قد يقول قائل لو قال: الذى يرد به - كما قال فى التتمة - لشمل المبيع والثمن.

والجواب عن هذا أن الثمن إذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع، لا شك أنه هنا إنما يقصد تعريف العيب فى المنع[٢] وما فى حكمه، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم، ولنا عيوب أخر فى غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير.

وقال النووى - رحمه الله - فى تهذيب اللغات: العيب ستة أقسام: عيب فى المبيع، وفى رقبة الكفارة، والغرة، وفى الأضحية والهدى والعقيقة، وفى أحد الزوجين، وفى الإجارة.

وحدودها مختلفة، فالعيب المؤثر فى المبيع الذى يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين، والعيب فى الكفارة ما أضر بالحمل[٣] إضرارا بينا.

والعيب فى الأضحية أو الهدى والعقيقة هو ما نقص به اللحم، والعيب فى النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق، والعيب فى الإجارة ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة؛ لأن العقد على المنفعة، فهذا تقريب ضبطها، وهى مذكورة فى هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة فى الجنين كالمبيع. هذا كلام النووى رحمه الله.

**قلت**: والعيب فى الزكاة كالبيع على الأصح.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: البيع.
(٣) فى أ: بالعمل.

وقيل: كالأضحية، وفى الصداق إذا طلق قبل الدخول النظر فيه إلى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر إلى القيمة ولا نقصان العين، ولذلك يقول: الحمل فى البهائم فى البيع زيادة ليس بعيب، وفى الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهرى، فجملة أنواع العيب ستة وإن تكثرت أبوابها، والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع، وقال أبو ثور: لا يرد بالعيب ولا يرجع بشىء، وهو بعيد.

**فرع**: قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل فى الضابط المذكور، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبا، بل لفوات بعض المستحق، كما تقدمت الإشارة إليه، والله أعلم.

وقول المصنف: رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس، قال صاحب التهذيب: إن قال واحد من أهل العلم به: إنه عيب، ثبت الرد به، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين: ولو اختلفا فى بعض الصفات هل هو عيب؟ وليس هناك من يرجع إليه، فالقول قول البائع مع يمينه.

**فائدة**: الرجوع فى العيب إلى العرف له نظائر فى الفقه، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو، وقدر الصفة فى الإناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والإحياء، ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف، إما قطعا، أو على خلاف.

وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف، وليس هذا مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعى، ثم العرفى ثم اللغوى، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه فى العرف ومعناه فى اللغة قدمنا العرف، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده فى اللغة [فإما يرجع فيه إلى العرف ولهذا قالوا هنا ليس له حد فى اللغة][1] ولم يقولوا: ليس له معنى، فالمراد أن معناه فى اللغة لم ينصوا على حده بما يثبته، فيستدل بالعرف عليه.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو**

---

(١) سقط فى ط.

**سارقا أو آبقا ثبت له الرد؛ لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها، فلا يلزمه العقد مع وجودها».**

**الشرح**: ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر ولا مطمع فى استيعابها، ولكن المقصود زيادة فى البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم، فمما ذكره المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص، وهذه الستة لا خلاف فيها، ولا تفصيل فى البرص والجذام المستحكم وغيره، أو مريضا.

وسواء المرض المخوف وغيره، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله فى الرقيق وغيره من الحيوان، هكذا قال صاحب التتمة وغيره.

نعم إذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففى الرد به نظر، وقال ابن يونس وابن الرفعة: إن المرض وإن قل عيب.

وقال العجلى: إذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا، وهذا حسن، أو أبخر، والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم.

واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة إلى الاحتراز عنه.

وفى التجريد أن الجارية ترد بتغير النكهة، وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره، ولا فرق بين العبد والجارية، فإن الجارية قد تقصد للاستمتاع، والعبد قد يقصد للمسارة.

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو أصبع أو أنملة أو غيرها، وإطلاق ذلك يشمل الأصيل[1] وغيره، وقد تقدم استثناء قطع الأصبع الزائدة وشبهها، وقطع شىء يسير من الفخذ إذا لم يحصل بشىء من ذلك نقص، أو أقرع وهو الذى ذهب شعر رأسه من آفة، ويشترط فى هذه الأمور أن تكون مستمرة، فلو وجدت فى يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها، وذلك إنما يكون فى غير القطع، أو زانيا أو سارقا أو آبقا، وهذه - أيضا - لا خلاف فيها، ولا تفصيل عندنا فى ذلك بين العبيد والإماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد فى الزنا

---

(١) فى أ: الأصلى.

والسرقة أو لم يقم، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد قال وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقول[(١)] أبى حنيفة: إن العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة.

فإن زناه يؤدى إلى اختلاط نسبه بنسب غيره.

وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته، وقد يموت تحت الحد، ولا فرق بين الصغير والكبير، وإن كان الحد لا يجب على الصغير؛ لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر، نص الأصحاب على أنه لو زنى مرة واحدة فى يد البائع فللمشترى الرد وإن تاب وحسنت حالته؛ لأن تهمة الزنا لا تزول، ولهذا لا يعود إحصان الحر الزانى بالتوبة.

وقال الغزالى فى الوسيط: اعتياد الإباق والسرقة والزنا عيب، فأشعر باشتراط الاعتياد فى الثلاثة أو فى الإباق، أو فيه وفى السرقة.

ولو لم يكن من كلام الغزالى إلا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده، ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما.

لكنه فى الوجيز قال: اعتياده الزنا والإباق والسرقة، فهذا صريح لا يقبل التأويل، وقريب منه قوله فى البسيط: أباقا أو سراقا أو زناء فأتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه، ولا نعلم أحدا صرح فيه بخلاف، والسرقة كذلك، وأما الإباق فإن الإمام قال فى أوائل كتاب السلم فى جواب سؤال: إن اعتياد الإباق عيب، واتفاق الإباق لا يلتحق بالعيوب.

وهذا الذى صرح به الإمام كلام الجمهور يدل على خلافه، ووراء ذلك ثلاثة أمور:

**أحدها**: أن هذه الثلاثة إذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشترى ولم يكن علم بها فله الرد؛ لأن وجودها فى يد المشترى [عيب حادث][(٢)] بعد تكررها وإن وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشترى، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد، وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الإباق، ولا فرق فى ذلك بين البالغ والصبى المميز،

---

(١) فى أ: قال.

(٢) فى أ: ليس عيبًا حادثًا.

وقال القاضى حسين: يأخذ الأرش؛ لأن الإباق فى يد المشترى عيب حادث، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا لم يعلم بالعيب حتى أبق.

وإن وجدت فى يد البائع مرة واحدة، ولم توجد فى يد المشترى فإن كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه يرد.

وقال أبو سعيد الهروى: لا يرد.

والأول أصح وإن كان كبيرا يرد؛ لأن العادة فى حال الكبر يتعذر الإقلاع عنها، وفيه فى الإباق خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير.

والصحيح الأول.

وهو قول الزجاجى والقاضى حسين وقيل: إن للشافعى ما يدل عليه.

قال القاضى حسين: الفعلة الواحدة فى الإباق يجوز أن تعد عيبا أبدا كالوطء فى إبطال الحضانة.

وصرح فى الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا.

وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع؛ لأن جواز الرد يعتمد وجود العيب فى يد المشترى.

هذا ما تلخص لى من كلام الأصحاب فى ذلك.

وحيث قلنا: له الرد فى الإباق فمحله فى حال حضوره، وأما فى حال إباقه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى فى الصغير، واقتضاه كلام الثقفى فى إباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة إلا إذا وجد فى يد المشترى عجب، فإنه إن كان ذلك عيبا فلا حاجة إلى شىء آخر، وإن لم يكن عيبا فوجوده فى يد المشترى إن لم يكن مانعا فلا أقل من [أن يكون][1] مقتضيا، اللهم إلا أن يلاحظ أن وجوده فى يد المشترى دال على أن ذلك صار عادة، وأنه من ضمان البائع لاستناده إلى سابق.

**فرع**: لو وجد الإباق والسرقة والزنا ونحو ذلك فى يد البائع وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها، ثم وجدت فى يد المشترى، قال الهروى: قال الثقفى والزجاجى أبو على: لا يجوز الرد، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت فى يد المشترى، فصار ذلك كالمرض الحادث فى يده.

---

(١) فى أ: ألا يكون.

**فرع:** لا يشترط أن توجد هذه الأشياء فى يد البائع بل لو وجدت فى يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله، كان حكمها كذلك، قاله القاضى حسين والمتولى فى الإباق، وهو يجرى فى الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض.

**فرع:** الحواء[١] كالسارق، ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضا، وإنما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للإمام

**فرع فى مذاهب العلماء:**

قال الثورى وإسحاق فى الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبق: لا يرد بعيب حتى يحتلم، وقال أحمد: إذا جاوز عشر سنين فهو عيب.

**فرع:** قول المصنف: عبد على سبيل المثال، فالأمة كذلك، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات - أيضا - كالعمى والعرج والقطع.

**فرع:** ومن أمثلة العيوب - أيضا - الجب، وهو داخل فى قول المصنف: مقطوعا، والصئبان فى العبيد والإماء إذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل إذا كان لا يندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغى أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة، والجنون سواء المتقطع وغيره، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج فى العمى؛ لأنه عمى فى أحد العينين، فيكون داخلا فى قول المصنف، وليس كذلك، لأن العمى عند الإطلاق إنما ينصرف إلى العينين نعم العور فى اللغة ذهاب البصر، فقد يطلق على الأعمى[٢]، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق - أيضا - إنما يفهم منه ذهاب البصر من إحداهما.

ومنها: كون الرقيق أخفش وهو نوعان:

**أحدهما:** ضعيف البصر خلقة.

**والثانى:** يكون بعلة حدثت، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين، وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب، وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لا يبصر فى

---

(١) فى أ: الخوان.
(٢) فى أ: العمى.

الشمس أو أعشى.

وهو الذى يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضى حسين أو أخشم.

وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئا أو أبقم وهو المعوج الفم أو أرت لا يفهم - والأرت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة من فوق.

وهو الذى فى كلامه عجمة، وهذا تفسير أهل اللغة.

وقال الفقهاء فى صفة الأرت: هو الذى يدغم حرفا فى حرف على خلاف الإدغام الجائز فى العربية، والرته بضم الراء.

فكلا الأمرين فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه إلى جنس ذلك الرقيق، فإن كان الغالب فيه عدمه كان عيبا.

وإن لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبا.

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم.

ويمكن أن يبقى ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته.

وقال القاضى حسين: إذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيار إذا كان يستظرف بكلامه.

فإن كان لا يستظرف بكلامه فله الرد.

وكأن مراده إن كان يفهم كلامنا فلا رد.

وإن لم يفهم فله الرد فيهما.

كما قال الأصحاب [وهذا بعيد عن مراده][1] فى الأرت.

ومنها: كونه فاقد الذوق أو شىء من الحواس الخمس وإن كان بعضها تقدم، والشعر أو الظفر أو له أصبع زائدة أو سن شاغية وهى الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الأسنان أو أدرد، وكون البهيمة درداء إلا فى السن المعتاد، ونقل القاضى حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى، بعد أن أطلق أن له الرد والتقيد لا بد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضى حسين -

---

(١) سقط فى أ.

أيضا - أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد؟ قال: يحتمل وجهين، فليكن الكلام فى الرد تفريعا على أحد الوجهين، أو يأتى فيه ما تقدم فى الشعر.

ومنها كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق، وهو بياض يعترى الجلد يخالف لونه ليس ببرص، أو أبيض الشعر فى غير أوانه، ولا بأس بحمرته.

ومنها: كونه نماما، أو ساحرا، أو قاذفا للمحصنات، أو كذابا أو به نفخة طحال، كما قال الماوردى قال والرويانى، أو مقامرا أو تاركا للصلاة، أو شاربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة، حكاه الرافعى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر، ولا حاجة إليه؛ لأنه بالشرب يجب الحد، نبه عليه مجلى، وأيضا يتخذ ذلك عادة، وفى التهذيب أن الشرب المتقادم الذى تاب عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا؛ لأن سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الإباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر أنه كالشرب، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب التهذيب مخالفا هناك إلا أن يفرق.

ومنها: كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل.

قال الرافعى: وعن بعض المتأخرين أنه إن كان رجلا، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد.

**قلت**: وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين أنه قاله فى باب الجنايات.

ومنها كونه وصل شعره بشعر غيره، قاله القاضى حسين والأليق [عد][1] هذا فى صور التلبيس كالتصرية.

ومنها كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط، والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح، والفتح أشهر وهو الذى خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك، وتارة يكون ذلك خلقة له فلا يأثم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون.

ومنها كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى، ونقل ابن أبى عصرون أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة: إنها لا ترد لقرب المدة، وأن الشاشى قال: ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد،

(١) سقط فى ط.

وينبغي لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار.

قال ابن أبى عصرون: وهذا حسن.

**قلت**: والذى رأيته فى الحاوى أن الخيار يثبت فى المعتدة وإنما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد ذلك، فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التى وقعت له، ولم أر ذلك فى حلية الشاشى - أيضا - وهو عجيب، والذى أقوله: إنه ينبغى التفصيل فى المعتدة إن كان قد بقى من العدة زمن يسير لا يكون عيبا، ويكون ذلك بمنزلة ما إذا كان العيب يسيرا يمكن البائع إزالته عن قرب، وقد قالوا فيه: إنه لا خيار للمشترى، وإن كان زمنا كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار، كما تقدم اعتبار مثل ذلك فى الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الرويانى عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء إذا قال أهل الخبرة: إن ذلك نقص.

قاله القاضى حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضى - أيضا - ولا فرق فى ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة.

ومنها وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما: العبد والأمة أحرم بإذن السيد.

ثم باعه، ثم علم المشترى فى زمن الإحرام فله الخيار.

لأنه ليس له تحليله.

نص عليه فى الأم فى كتاب الحج.

وإن كان أحرم بغير إذن سيده ثم باعه فللمشترى تحليله كالبائع، قاله الجرجانى والنووى عنه ولا يثبت له خيار.

**قلت**: ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله.

وإن كان بغير إذنه فعلى هذا ليس للمشترى أيضا، ويثبت له الخيار.

وينبغى التفصيل فى الإحرام.

فإن كان قد بقى زمن يسير كطواف أو حلق أو رمى فى آخر الأيام لا يكون له الخيار.

وإلا كان له الخيار إذا لم يمكن التحليل.

ومنها على ما قال الجورى: إذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه؛ لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه، قال: فإن كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه،

وهو فى ذمة العبد.

**قلت**: وهذا يقتضى أن يطرد فى كل صوم وجب على الفور يكون عيبا إذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به.

أما اليوم ونحوه فلا.

والذى لا يجب عليه الفور يحتمل ألا يكون عيبا كما قال، ويحتمل أن يكون عيبا؛ لأنه يضيق عليه إذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان فإنه صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغى أن يثبت الخيار؛ لأنه لا يجوز له تأخيره عن رمضان آخر، فيصير كشهر بعينه وهو قريب الحصول.

ومنها تعلق الدين برقبتهما، ولا رد بما يتعلق بالذمة، ومثله المتولى والرويانى بدين الفرض، وحسن أن التجارة والشراء فى الذمة خلافا لأصحاب الرأى ومالك، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا فى جناية عمد وقد تاب عنها فوجهان، فإن لم يتب فعيب.

قلت: ينبغى أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء وجها، وجناية الخطأ ليست بعيب إلا أن يكثر وهذا معناه إذا لم يكن أرشها باقيا.

ومنها الكعبان وانقلاب القدمين إلى الوحشى، والخيلان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكى، وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والكلف المغير للبشرة وكون أحد ثديى الجارية أكبر من الآخر، والحفر فى الأسنان وهو تراكم الوسخ الفاحش فى أصولها، ذكر هذه الأحد عشر القاضى أبو سعيد فى فصل فى عيوب العبيد والجوارى فى شرح أدب القاضى لأبى عاصم، ونقله الرافعى عنه، ولو وجد الجارية لا تحيض وهى صغيرة أو آيسة فلا رد، وإن كانت فى سن يحيض النساء فى مثله غالبا فله الرد، وضبطه القاضى حسين بعشرين سنة، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد، هكذا قاله المتولى والرافعى وقال القاضى حسين: إذا انقطع سنة فأكثر فإن كانت لها عادة معلومة فعيب، وإن لم يكن لها عادة فليس بعيب، وفى عبارة الرويانى اعتبار عادة البلد، ونسبه إلى النص، والحمل فى الجارية عيب وفى سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه إيراد الرافعى هنا وقطع به المتولى وقال فى التهذيب: عيب.

وقال ابن الرفعة فى الكفاية: إن الرافعى قال فى الصداق: إنه أظهر الوجهين، والذى قاله الرافعى فى الصداق: إنه أظهر الوجهين، [إنما كان][(١)] فى الجوارى زيادة من وجه ونقصانا من وجه؛ لأنه يضر بطيب اللحم فى المأكول وبالحمل فى غير المأكول.

وفى التناقض بين تصحيح الرافعى نظر، فإن النظر فى الصداق فى الزيادة والنقص إلى حصول غرض صحيح أو فواته، ولا نظر إلى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا، فقد لا يكون الحمل فى الحيوانات عيبا فى البيع؛ لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة، ويكون نقصا فى الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر.

ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو [حثيثة][(٢)] المشى بحيث يخاف منها السقوط، وشرب البهيمة لبن نفسها، وقلة أكل الدابة.

وشرط المتولى والرويانى فى الجموح ألا تنقاد إلا باجتماع الناس عليها، وهو بعيد، وإن كان فى كلام القاضى حسين ما يفهمه.

قال القاضى حسين: ولو كانت ترهب من كل شىء تراه فله الرد أيضا.

وقال الهروى: من عيوب الدواب الحران وأن يكون إذا أعلم قبل الرحال وهو محل، ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند.

قال القاضى حسين فى فتاويه: هذا إذا اختصت من بين ما حواليها بذلك، فإن كان ما حولها من الدور بمثابتها فلا رد، وكونها ثقيلة الخراج، وإن كنا لا نرى أصل الخراج فى تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة، ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد فى أمثالها وفى وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لثقل الخراج ولا بكونها منزل الجند، وألحق فى التتمة بهاتين الصورتين ما إذا اشترى دارًا فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق، ويزعزعون الأبنية، أو أرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع، وحكى الرويانى فى هاتين المسألتين وجهين، وأطلق القاضى حسين فى الفتاوى أنه إذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال: وقال العبادى: ليس له الرد.

ولو اشترى أرضا يتوهم ألا خراج عليها فبان خلافه، فإن لم يكن على مثلها

---

(١) فى أ: إنه كما.

(٢) فى أ: خشنة.

خراج فله الرد وإن كان على مثلها ذلك القدر فلا رد.

هكذا فى التتمة والرافعى وفى فتاوى القاضى حسين وهذا يقتضى تفسير الخراج بشىء غير أجرة الأرض فإنه إذا لم يعلم أن على الأرض أجرة وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج، بل لخروج بعض المبيع مستحقا.

وقال صاحب التتمة: لو شرط أن لا خراج عليها بأن عليها خراج فله الرد قل أو كثر، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر.

وقال الغزالى فى الفتاوى: لو اشترى أرضا فبان أنها تبير إذا بارت رجلة ويضر بالزرع فله الرد إن قلت الرغبة بسببه.

ومن العيوب كون الماء مسخنا[1] على أصح الوجهين، ولو باع الطاهر من الأوانى بالاجتهاد لزمه تعريف المشترى، فإن لم يعرفه فهل له الخيار؟ وجهان حكاهما الرويانى، ولو باع عشرين صاعا من ماء فى بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما أخرج الصاع الأخير وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس، وقال البائع: استلم الصاع من الباقى فى البئر؛ لأنه كسر.

وطلب المشترى فسخ البيع كان له الفسخ؛ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس، فيصير كعيب أصابه بما اشتراه، نص عليه الشافعى، ونقله عنه الرويانى والرمل تحت الأرض إن كانت مما طلب للبناء، والأحجار إن كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام فى ذلك فى باب بيع الأصول والثمار، فلينظر هناك.

ومن العيوب نجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين، وليس فى الحال من يشهد بذلك عيب، ونقل ذلك عن العدة، وقال صاحب البحر: وفرضهما فيما إذا علم أنها ليست مزورة.

ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان.

قال الرويانى: وكذلك إذا ادعى مدع يعول على دعواه وفقيها يحتمل أن يقال ذلك عيب.

---

(١) فى أ: مشمسًا.

وهذا إذا سبقت الدعوى البيع وإن بعد البيع وقبل القبض.

**فرع**: قال الهروى: فصل فى عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها البحاثون وأفتى بها المفتون التابع فى الخلق وتغير الأظفار والخلف هذا فى العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين هذا لابن أبى ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم فى اليمين والشمال، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات إلا شامة بيضاء والغدد والعقد والكسف، وهى دائرة فى قصاص الناصية والعس والجماجم فى غير مواضعها والكشف فى الحبل اكتواه فى عسيب ذنبه، والسلوم فى الأسنان والشقاق فى اليدين والرجلين، واختلاف الأضلاع والأسنان وجرم البسوق، والأذن إذا اتسعت ثم حيطت، والنمش والسمط وأنار جلد خطوط السياط وأكل الطين، هذا لشريك القاضى وخضاب الشعر وتجعيده والوشوم والعنه فى الصوت، وهذا لحفص بن غياث والترس أخفى من البرص، واللواط والابنة والحول والفدع وذهاب الأشفار وأن لا يثبت عامتها حدث فى زمان أبى عمر القاضى المالكى وأن يكون شتاما كذابا.

**فرع**: قال الزبيرى فى المقتضب: لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار.

**قلت**: وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة؛ لأن الإشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها.

وقال الصيمرى: لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشترى أو عمه - فله الخيار؛ لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه، وفيه نظر؛ لأن هذا معنى خاص بالمشترى، وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جارية فبانت أخته من النسب - فلا خيار، وقال ابن الصباغ: لو كانت محرمة عليه بنسب فلا خيار.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجده يبول فى الفراش - فإن كان صغيرا - لم يرد؛ لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا، وإن كان كبيرا - رد؛ لأن ذلك عاهة ونقص».**

**الشرح**: إذا كان صغيرا فلا خلاف فى أنه ليس بعيب، سواء فى ذلك الطفل والطفلة، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين، وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار، بل لا يكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضى أبو الطيب،

وإن كان كبيرا، وهو ما زاد على ذلك فهو عيب فى العبد والأمة، وعن أبى حنيفة أن له الخيار فى الجارية دون العبد؛ لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد.

وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التى ينام فيها ويحتاج إلى من يغسلها وينظفها، وهذا نقص فيه.

وزعم الفارقى أن المصنف لم يذكر العلة بتمامها وإن كان(١) معتادا من الصبى لا يخرج(٢) عن كونه عيبا.

وتمام العلة أن يقول: هو معتاد من الصبى ومآله إلى الزوال فكان فى حكم الزائل.

ولو اشترى عبدا وكان يبول فى فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد، قال الرويانى: لم يكن له الرد ويرجع بالأرش؛ لأن علاجه بعد الكبر عيب، فصار كبره عنده كالعيب الحادث، هكذا قاله الرويانى،. وكأنه فرض المسألة فيما إذا كبر إلى سن عالية فوق كبره حالة المبيع بحيث يكون علاجه أصعب.

أما البول فى حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر عند المشترى أو لم يكبر، لا رد به ولا أرش.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجده خصيا ثبت له الرد؛ لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء وهذا ناقص».**

**الشرح**: الخصى الذى نزعت خصيتاه وسلتا، وقيل: من قطعت أنثياه مع جلدتهما.

فعلى هذا التفسير قد دخل فى قول المصنف فيما مضى: أو مقطوعا.

فيكون قد نص عليه ليكون أصرح.

وعلى كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد [ذكر عند](٣) الضابط فى أول الفصل زيادة كلام فيه.

وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا.

---

(١) فى أ: كونه.
(٢) فى أ: لا يخرجه.
(٣) فى أ: تقدم عند ذكر.

فإذا اشترى عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد.

وإن خرج خصيا ثبت الرد.

وكذلك البهيمة إذا وجدها خصيا ثبت الرد.

قاله الجرجانى

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجده غير مختون - فإن كان صغيرا - لم يثبت له الرد؛ لأنه لا يعد ذلك نقصا فى الصغير؛ لأنه لا يخاف عليه منه، وإن كان كبيرا ثبت له الرد؛ لأنه يعد نقصا [فى الكبير](١) لأنه يخاف عليه منه، وإن كانت جارية لم ترد، صغيرة كانت أو كبيرة؛ لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه».**

**الشرح**: هذا كما قال: وضبط الرويانى الصغر هنا بسبع سنين فما دونها، وفيه وجه: أن ذلك لا يكون نقصا فى العبد الكبير أيضا.

ووجه ثالث حكاه الرويانى وقطع به المتولى: إن كان الكبير من سبى الوقت من قوم لا يختتنون فلا خيار.

وحكيا فى الجارية وجهين.

قال: قالا: والصحيح أنه يثبت الخيار؛ لأنه لو كان فيها أصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها، فلأن يثبت ههنا وتستحق إزالة هذه الجلدة أولى.

والجواب عما قالاه أن الأصبع الزائدة وجودها نقص، ويخشى من إزالتها، وهى [على](٢) خلاف الأصل، بخلاف ما يقطع من الجارية.

وفى كلام المصنف إشارة إلى أنه إذا وجده مختونا فلا خيار، سواء أكان صغيرا أم كبيرا، وهو كذلك إذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن [قد](٣) شرط أنه أقلف، فإذا كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولى: إن كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسيا، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار، وإن كان بخلافه فلا خيار.

ولو اشترى عبدا أقلف فختنه وإن قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما فله رده؛ لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب.

قاله صاحب التتمة والرويانى، ويحتاج المتولى إلى فرق بين هذا والمسألة السابقة

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

إذا شرط أنه أقلف فخرج مختونا.

حيث فصل ويمكن الفرق.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: « وإن اشترى جارية فوجدها مغنية - لم ترد؛ لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة، فلم يعد ذلك عيبا».**

**الشرح**: هذا مذهبنا.

وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار؛ لأن الغناء حرام.

وذلك نقص فيها، ومنع بعض أصحابنا تحريمه.

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله. فله أن يمنعها من استعماله.

وأما معرفته فليست بحرام. حتى قال الروياني: لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار - يعني لأن له غرضا في ذلك - والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصي فخرج فحلا.

وقول المصنف: لا تنقص به العين، احتراز من الخصاء به، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة، فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له الرد، والسيد قادر على منعه من العمل، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور

وقال الهروي في الأشراف: وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموي وغيره من أصحابنا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد؛ لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة».**

**الشرح**: كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا: إذا لم يشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار؛ لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك، وذلك الإطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها.

أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة، فخرجت ثيبا، ثبت الرد، وممن قاله المتولي والرافعي، وأشعر كلام الروياني [أن][1] في ذلك خلافا، فإنه حكى الإطلاق ثم قال: ومن أصحابنا من قال: إن كان مثلها يكون بكرا في العادة

---

(١) سقط في ط.

فوجدها ثيبا له الخيار؛ لأنه وجدها على خلاف المعهود، قال: وهذا أصح عندى.

**قلت:** والأولى أن ينزل ذلك الإطلاق على هذا، ولا يكون فى المسألة خلاف

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد؛ لأنه لا يقر على دينه.**

**الشرح:** الردة عيب قطعا فى المملوك الذكر والأنثى، وما سواها من الكفر.

فالكتابى قد ذكره المصنف بعد هذا، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلى كالتوثن والتمجس قيل: لا رد، لا فى العبد ولا فى الإماء، وبهذا قطع صاحب التتمة.

وقال صاحب التهذيب: إن وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد؛ لأنها محرمة على كافة الناس، وإن وجد العبد كافرا أصليا أى كفر كان فلا رد إن كان قريبا من بلاد الكفر، بحيث لا تقل الرغبة فيه، وإن كان فى بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبة فى الكافر وتنقص قيمته فله الرد، وصحح الرافعى والنووى ما قاله فى التهذيب.

وقال القاضى أبو الطيب: إنه إذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار، وهذا الإطلاق أقرب إلى موافقة صاحب التتمة وفصل القاضى حسين بين دار الإسلام كما نقل صاحب التهذيب، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين، فإنه أطلق الرد بالتوثن، وتعليله بأنه لا يقر عليه، يقضى أن العبد الوثنى يقبل، والمعروف فى المذهب خلافه، ومن كلام المصنف وكلام صاحبى التتمة والتهذيب يخرج فى العبد ثلاثة أوجه:

**أحدها:** أنه لا يرد بالكفر الأصلى مطلقا، وهو قول صاحب التتمة.

**والثانى:** وإن كان فى بلاد الإسلام يرد به وإلا فلا.

وهو قول صاحب التهذيب.

**والثالث:** يرد إن كان وثنيا، وهو قول المصنف، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب فى المجوسى إن كان فى بلاد الإسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك.

وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة إلى امتناع وطئها على كل أحد، سواء أكانت مجوسية أو وثنية، والكتابية سيأتى حكمها، والمرتدة لا

إشكال فى كونها ترد؛ لأنها لا تفرق، وأطلق الشيخ أبو حامد فى الجارية، والقاضى أبو الطيب فى العبد أنه لا يرد بالكفر، وأطلق الإمام الكلام [فيما][١] إذا اشترى عبدا فخرج كافرا.

ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب، وعن العراقيين أنهم ذكروا وجها أنه ليس بعيب.

وفصل هو إن كان الإسلام غالبا فى موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب، وإن لم يكن الإيمان غالبا فى العبيد، بل كانوا منقسمين.

وكان الكفر منقصا للقيمة، فهذا فيه تردد، وظاهر القياس أنه ليس بعيب، والظاهر النقل أنه عيب، وإن لم يكن الكفر منقصا، والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا.

وقال قبل باب بيع حبل الحبلة: إذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا إن اشتراه فى بلاد الإسلام فله رده، فإنه نادر فى هذه الديار، وإن اشتراه فى دار الحرب فخرج كافرا فالذى ذهب إليه الأكثرون أنه لا يرد، وكان شيخى يقول: يثبت الخيار، ومما ذكره الإمام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن وجده كتابيا لم يثبت له الرد؛ لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه».**

**الشرح**: [إن كان مراد المصنف][٢] هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى فى التفصيل بين أن يكون فى بلاد الإسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب فى ذلك بين العبد والأمة، صاحب التتمة يقول: إنه لا يرد فيها[٣]، وصاحب التهذيب يطرد[٤] تفصيله المذكور فيها[٥].

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فيهما.
(٤) فى أ: مطرد.
(٥) فى أ: فيهما.

ولعل إطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك، فإن تعليلهم يرشد إليه.

وقد تقدم أن الإمام أطلق الكلام فى الكفر، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب.

والأصح ما نقله آخرا قريبا من باب بيع حبل الحبلة هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا - رحمه الله - فقال: إنه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص.

وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص فى الدين، والبيع إنما يقصد به المال.

وكفر الكتابى سبب فى تكثير ماليته؛ لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى كثرة الثمن.

قال الفارقى: وقد ثبت هذا المعنى فى إعتاق الكافر فى الظهار أنه يعتبر فيه الإسلام ككفارة القتل.

ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد، فيستوى بين الكفارتين فيه كما يسوى بينهما وبين كفارة اليمين فى محل الصوم فلا يجوز فى يوم العيد والحيض وإن اختلفا فى مقداره.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة، أو عبدا فوجده مستأجرا - ثبت له الرد؛ لأن إطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشترى، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرد».**

**الشرح**: هذا كما قال؛ لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها فى بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها فى ذلك الوقت، والمستأجر منفعته فائتة إلى انتهاء مدة الإجارة، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها، وورد فى سنن البيهقى قال فى الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه، وفى البيان حكاية وجه فى التزويج وهو ضعيف، بل باطل لنقل ابن المنذر ولو قال زوجها لها: إن برئ المشترى من الثمن فأنت طالق، وكان قبل الدخول ثم علم المشترى بالتزويج، هل له الخيار؟ فيه احتمالان فى البحر .

**أحدهما**: نعم؛ لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشترى [والثمن][(١)]، فيلزمها عدة الوفاة.

---

(١) سقط فى ط.

**والثانى**: لا؛ لعدم الضرر؛ لأن عدة الوفاة إن وجبت ثبت الخيار بها؛ لأنها عيب حادث، أى من سبب متقدم فى يد البائع لم يقع الرضا به، وحكم تزويج العبد حكم تزويج الأمة يرد به - أيضا - إلا أن الإجماع المنقول فى الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك.

وقال صاحب التتمة: إنه إذا كان تزوج بغير إذن سيده ودخل بها وقلنا: المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى، ويجب تقييد إطلاق غيره بذلك.

قال صاحب التهذيب: ولو علم العبد ذا زوج، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد، كما لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى شيئا فتبين أنه غبن فى ثمنه لم يثبت له الرد؛ لما روى: «أَنَّ حِبَّانَ بْنَ مُنقِذٍ كَانَ يُخدَعُ فِى الْبَيعِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِى ﷺ فَقَالَ: إِذَا بِعتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا» ولم يثبت له خيار الغبن؛ ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرط المشترى فى ترك الاستظهار فلم يجز له الرد».**

**الشرح**: هذا الحديث[1] قد ذكره المصنف فى أول كتاب البيوع، فيكتفى بما تقدم من كلام النووى عليه، والأصح أن الذى كان يخدع منقذ والد حبان، والحديث صحيح فى الجملة، ومعنى لا خلابة: لا غبن ولا خديعة، وجعلها الشرع لإثبات الخيار إذا قالها ثبت الخيار، صرح باشتراطه أم لا.

وقوله ﷺ: «ولك الخيار» إعلام منه بثبوت الخيار وقوله: «ولم يثبت له خيار الغبن» من كلام المصنف، وليس من الحديث، ووجه الدلالة منه ظاهر؛ لأنه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبى ﷺ ولم يحتج أن يعد اشتراط خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا، بقوله: «لا خلابة» وقد ورد أن حبان كان إذا اشترى [شيئًا][2] فرجع إلى أهله فيقولون له: اردده فإنك قد غبنت أو غششت، فيرجع إلى بيعه، فيقول: خذ سلعتك ورد دراهمى، فيقول: لا أفعل قد رضيت فذهبت به، حتى يمر الرجل من أصحاب النبى ﷺ فيقول: إن رسول الله ﷺ قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا،

---

(١) تقدم.
(٢) سقط فى ط.

فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته.

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية بذلك.

فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا، سواء غبن أو لم يغبن، وهل ذلك خاص به لأن النبى ﷺ جعله بالخيار؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو فى حق غيره؟ مساق هذه القصة التى حكيتها يشعر بالأول، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه وإلى ذلك ذهب بعضهم.

وقيل: إن ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة فى عدم ثبوت الخيار بالغبن، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا، فإن المبيع لا عيب فيه، ولا تدليس؛ لأن الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار.

وقال أصحابنا: لا يثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش أم لا.

وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة، فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه، حيث لم يراجع أهل الخبرة.

ونقل المتولى وجها شاذا: أنه كشراء الغائب، ويجعل الرؤية التى لا تفيد المعرفة ولا تنفى الغرر كالمعدومة.

قال أصحابنا: وثبوت الخيار فى المعيب للنقص لا للغبن، ولهذا لو كان مع العيب يساوى أضعاف ثمنه ثبت له الرد، ولو تعيب فى يد البائع ثبت الخيار.

ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا.

ويخالف تلقى الركبان؛ لأن هناك وجها منه تغرير بالإخبار عن السعر على خلاف ما هو.

ولا طريق إلى الاستكشاف.

ويخالف الغبن فى مسألة المرابحة؛ لأن هناك علق العقد الثانى بالأول، والمخالف لنا فى هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور، أما مالك فقال: إن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار.

هكذا نقل أصحابنا عنه، وهو قول بعض أصحابه.

قال القاضى عبد الوهاب: ولم يجد مالك فى ذلك حدا، ومذهبه إذا خرج من تغابن الناس فى قبيل تلك السلعة، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره فى عقده، فإن كانا

جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها فى وقت البيع فلا خيار، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا.

قاله القاضى عبد الوهاب.

وأما أحمد فقال: إن كان المشترى مسترسلا غير عارف بالبيع، وإذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن، وإن كان من أهل المعرفة لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له.

وأما أبو ثور فأطلق عنه النقل بإثبات الخيار وأنه إن فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن، ونقل ابن المنذر عنه أن البيع [الذى](١)- فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله - فاسد، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول.

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث: «لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ»(٢) وكونه أثبت الخيار بالغبن وبحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»(٣)، وبالقياس على الغبن بالبيع، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير، فإن المشترى غره.

وعن الثانى بأنا نقول بموجبه، وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن، بل لاقتضاء البيع السلامة، وبأن العيب يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر، وهم لا يقولون به هنا، وقد قال أصحابنا: يكره غبن المسترسل، وإطلاق الكراهة فى ذلك محمول على ما إذا لم يستنصحه المسترسل، أما إذا أستنصحه فيجب نصحه، ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة، هكذا أعتقده من غير نقل.

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبى حنيفة من القول بلزوم العقد لعله لا ينافى التحريم، أو محمول على ما إذا لم ينتنصحه كما تقدم، قال ابن المنذر: وقال بعضهم: كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه فيه، أو كذبه فالمشترى فى ذلك بالخيار إذا بين له ذلك.

فرع: فيما نتوهم أنه عيب، وليس بعيب لا رد فيه، فكون الرقيق رطن الكلام أو

---

(١) سقط فى ط.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا، خلافا لأبى ثور، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبى حنيفة، ولا بكونه يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأى أم حجاما أو أكولا أو قليل الأكل بخلاف الدابة فى قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضى حسين إلا أن تكون قلة أكل العبد لعلة.

ولا يحتاج إلى ذلك؛ لأن تلك العلة كافية فى الرد ولا بكون الأمة عقيما وكون العبد عنينا، وعن الصيمرى إثبات الرد بالتعنين وهو الأصح عند الإمام.

ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشترى ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاعة أو النسب كما قاله القاضى حسين والماوردى والبغوى وغيرهم أو المصاهرة كابنة امرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه.

بخلاف المحرمة والمعتدة؛ لأن التحريم هناك عام فتقل الرغبة.

وهنا خاص به .

وفى وجه رواه ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة، حكاه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه.

وقد تقدم عن الصيمرى إثبات الخيار فيما إذا بان أن العبد أخو المشترى أو عمه، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما إذا بانت أخته من النسب بالخيار، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار، وكذلك فى المصاهرة.

ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح، وفيه وجه.

قال الرافعى: ضعيف، وقال النووى باطل.

ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى: لا خيار بالإجماع.

قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر، وينبغى أن يقيد ذلك، فإن من أسباب الفسق ما يرد به، وقد تقدم كثير منه.

قال ابن الرفعة: إنه إذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به - وفيه نظر - لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته.

والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال.

قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك: وأما إذا قلنا: إنه ليس بعيب فهل له الرد به؟ فيه وجهان.

وهذا كلام عجيب.

كيف يكون له الرد بما ليس بعيب، ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم، فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى.

قال النووى: الأصح: لا رد.

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقى للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك.

قال المتولى: ولو كان الرقيق أصلع.

قال القاضى حسين: فلا رد بخلاف الأقرع، وفيه نظر، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق فى ذمته مال وكذلك قاله الماوردى قال: وقال العراقيون: له الرد، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه.

فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا.

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض، ومنع السلطان المعاملة بها لم ينفسخ العقد، خلافا لأبى حنيفة قاله فى العدة ونقله العمرانى عنه.

فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد، ولم أذكر منها شيئا إلا منقولا، ولا سبيل إلى حصولها، وفى الضابط المتقدم كفاية.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن، ثبت له الرد؛ لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد.**

**الشرح:** هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار، وهو إخلاف ما ظن بالالتزام الشرطى، والغزالى يرى أنه الأصل للسببين الماضيين، وهما التغرير الفعلى وانتفاء الغرض.

وقد تقدم الكلام فى ذلك، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولا غريبا: أن الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور، فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد.

وقول المصنف: « لأنه أنقص مما شرط » أى فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص

مما اقتضاه العرف، ولهذا يعبر الغزالى وغيره بخيار النقيصة فى الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب.

واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الإمام والغزالى والرافعى ضابطا.

واختلفت عباراتهم فيه، وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام:

**الأول**: التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بالخلف فيها.

**الثانى**: ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف فيه، وذلك [بحسب][1]قوة الغرض وضعفه.

هكذا قال الرافعى وأطلق الإمام والغزالى جريان الخلاف فى هذا القسم.

**والثالث**: ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصود، فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده، وأجاد النووى فى الروضة فجعلها قسمين :

**أحدهما**: يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف.

**والثانى**: لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو.

وهذه العبارة أولى فإنه قد يفوت الغرض دون المال، ويثبت الخيار قطعا ويفوت المال دون الغرض، فيجرى الخلاف كما يأتى فى الخصى والفحل.

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق، وبضعفه يحصل الخلاف، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار، ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط.

فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى.

وكذلك لا خلاف فيهما.

قال الأصحاب: ويكفى أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها.

بقى شرط الكتابة عند الإطلاق يكفى اسم الكتابة وإن لم يكن مستحسنا.

ولو شرط حسن الخط، فإن كان غير مستحسن فى العادة فله الخيار، وإن كان مستحسنا فلا خيار له.

قال[2]صاحب التتمة: والكلام فى كون هذا الخيار على الفور.

---

(١) فى ط: تحت.

(٢) فى أ: قاله.

وفى كيفية الفور على ما تقدم فى العيب سواء.

ممن صرح بهذا صاحب التهذيب، وإن اختلفا فقال المشترى: اشتريت بشرط الكتابة وأنكر البائع، تحالفا، وقيل: القول قول البائع مع يمينه.

قاله فى التهذيب

**فرع**: قال القاضى حسين: ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار، وإن كان صادقا فى جملة الحرف غير الحجامة.

واعلم أن هذا الفرع الذى ذكره القاضى يحتمل أن يكون مجزوما به، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفا بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا: إنه فات غرض ومالية، على أنى نبهت أن الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا - ثبت له الرد؛ لأن الخصى أنقص من الفحل فى الخلقة والبطش والقوة، وإن شرط أنه خصى فوجده فحلا - ثبت له الرد؛ لأن الفحل دون الخصى فى الثمن والدخول إلى الحرم».**

**الشرح**: المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى، وإن تأدت[1] المالية.

قال القاضى حسين: وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل، ولا فرق فى ذلك بين العبد وغيره من الحيوان، والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها؛ لأن الفحولة فضيلة، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا، وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة النووى، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار.

بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما فى هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل الوفاق كما فى الصورة الأولى.

---

(١) فى أ: زادت.

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على الحرم.

والذى قاله الرافعى فى كتاب النكاح فى النظر: إن الخصى الذى بقى ذكره، والمجبوب الذى بقى أنثياه كالفحل، وفى الممسوح وجهان.

الأكثرون أنه كالمحرم، فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن الفحل دون الخصى فى الدخول على الحرم [غير مسلم وكذلك قوله فى الثمن لأنه إنما يريد بثمن الخصى لو جاز دخوله على الحرم][1]، وإلا فهو أضعف فى العمل، فإن كان المصنف أطلق الخصى على الممسوح استمر كلامه.

وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم، وإلا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور فى كتاب النكاح فبان فحلا، ينبغى ألا يثبت الرد؛ لأنه لم يفت غرض.

**والظاهر**: أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى هنا الممسوح؛ لأنه فى العرف يطلق عليه كثيرا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد؛ لأن الكافر دون المسلم فى الدين».**

**الشرح**: هذه - أيضا - لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى، وإن كانت المالية قد لا تفوت، بل تكون أكثر، كما إذا شرط أنه فحل فخرج خصيا.

وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية.

قاله المتولى قال والرافعى لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا.

قال الرويانى: يثبت الخيار.

وقيل: إن كانت لا تنقص قيمته فى العادة لا خيار، وإن كانت تنقص بأن كانت الغالبية المجوس فى تلك الناحية يثبت الخيار، وهو قول صاحب التتمة، ولا فرق فى هذا الفصل بين العبد والأمة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما - ثبت له الرد، وقال المزنى: لا يثبت له الرد؛ لأن المسلم أفضل من الكافر، وهذا لا يصح؛ لأن المسلم أفضل فى الدين، إلا أن الكافر أكثر ثمنا؛ لأنه يرغب فيه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه الكافر».**

---

(١) سقط فى ط.

**الشرح**: المذهب ثبوت الرد فى ذلك، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة.

ومالية الكافر أكثر، لما ذكره المصنف، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره، وبه قال أبو حنيفة، ومن أصحابنا من وافق المزنى فى ذلك.

ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الإمام فى كتاب النكاح، وهناك تكلم المزنى عليها فى المختصر وإن تزوجها على أنها كتابية فإذا هى مسلمة لم يكن له فسخ النكاح؛ لأنها خير من الكتابية.

قال المزنى: هذا يدل على أن الأمة إذا اشتراها على أنها نصرانية فإذا هى مسلمة لا خيار، وإذا اشتراها على أنها مسلمة فإذا هى نصرانية له أن يردها فى قياس قول الشافعى وفى المسلمة وجه ثالث: أنه إن كان قريبا من بلاد الكفر، أو فى ناحية أغلب أهلها الذميون، ثبت الخيار، وإلا فلا، وهو اختيار القاضى حسين، وحمل كلام الشافعى على ذلك، وقد جمع الإمام الأوجه الثلاثة فى كتاب النكاح، وذكر الإمام فى الانتصار لقول المزنى أن القيمة إن كانت تزيد من وجه رغبة الكفار فتلك رغبة باطلة مستندها الكفر وتحسينه واعتقاد كونه حقا، فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر.

قال الإمام: وبقية الكلام أن هذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به، وإن كانت بأكثر مما يشترى به المسلم، وذهب المزنى ومن يوافقه إلى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا إليه، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تعتبر عوادة، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد فى المغنية فى العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة، ومن اشتراها لم يعترض عليه، فإن الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء، هذا كلام الإمام فى كتاب المنهاج، مع أنه فى كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزنى، واختار الوجه الثالث، وما ذكره فى الانتصار لقول المزنى جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة فى كفره، بل لكثرة طلابه، فإن المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الإمام هنا: إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة، فإن لم يكن الأمر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط فى الثيابة والبكارة والجودة والتوسط، وهذا كأنه قال على ما اختاره،

ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها.

**فرع:** هذه المسألة - أيضا - مما يشهد لرجحان عبارة النووى على عبارة الرافعى وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق[1] بزيادة ماليته، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزنى وانغماره بالنسبة إلى ما فى الإسلام من الفضل، والكلام والخلاف فى هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصى فوجده فحلا والمخالف هنا أبو الحسن العبادى، فيحتمل أن يكون العبادى يوافق المزنى هنا، والمزنى يوافقه هناك، ويحتمل ألا يكون كذلك، ويفرق كل منهما.

أما العبادى فإن الخصاء عيب عند الإطلاق ففواته كمال.

والكفر عند الإطلاق لا يرد به.

وأما المزنى فلأن فضيلة الإسلام عظيمة لا يوازنها شىء فيجبر ما فات من العرض المالى اليسير، بخلاف الفحولة فإن العرض فيها وفى الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه.

**فرع:** الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار فى النكاح على الأصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط، وهذا الفرق إنما يحتاج إليه إذا قلنا بصحة النكاح وهو الأظهر ولنا قول آخر: إنه غير صحيح؛ لاعتماد الصفات فتنتفى المسألة.

**فرع:** صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان المشترى مسلما والبائع مسلما فلو كان المشترى كافرا، اكتفت على شراء الكافر للمسلم والأصح فساده.

ولو كان البائع كافرا ففى رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف، الأصح: جوازه فيأتى فيه أيضا.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا ثبت له الرد؛ لأن الثيب دون البكر».**

**الشرح:** هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية، وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة، والمشهور أنه لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة.

---

(١) فى أ: المتعلق.

وعن أبى الحسين أن أبا إسحاق قال: لا خيار إذا كانت مزوجة؛ لأنها وإن كانت بكرا فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشترى فى بكارتها، والصحيح: الأول؛ لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد؛ لأن البكر أفضل من الثيب، ومن أصحابنا من قال: يثبت له الرد؛ لأنه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه، والمذهب الأول؛ لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن، والبكر أفضل من الثيب فى الثمن».**

**الشرح**: القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضى أبى الطيب والرافعى وغيرهم.

والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف، وهذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية، فهى تشارك فى ذلك شرط الفحولة والإسلام لكن فى تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض، وههنا الغرض ضعيف، فإنه خاص به وليس بعام، وكان شرطه السبوطة فى الشعر أو البياض، فيخرج جعدا أو أسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه.

والصحيح أنه لا رد فى المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا، أو كونه فاسقا فبان عفيفا.

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض.

فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فبانت[1] ثيبا، وإن استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته فالجواب عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف: إذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة، ولو أنه اشتراه على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار، وعكسه لا خيار بلا خلاف، قاله الرويانى

**فرع**: لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد، وبالعكس لا رد.

قال فى التتمة: إلا أن يكون العبد مجوسيا - وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة.

---

(١) فى ط: فأتت.

فله الرد، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا.

ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه، ولا غرض مقصود.

**فرع**: إذا ظهر الخلف فى الصفة المشترطة، وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب، فله أخذ الأرش على التفصيل الذى تقدم، قاله صاحب التتمة

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا، أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان.**

**أحدهما: أن البيع صحيح؛ لأن العقد وقع على العين، والعين موجودة، فصح البيع وثبت له الرد؛ لأنه لم يجده على ما شرط.**

**والثانى: أن البيع باطل؛ لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد فى جنس آخر».**

**الشرح**: الشروط المتقدمة كانت فى الصفات، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك فى الجنس، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس، ومثل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذى شرطه أو دونه، وفيها(١) جميعا وجهان، وقد حكيتها(٢) وأطلقت الكلام فيها(٣) فى باب الربا فى الصرف العين.

**والمذهب**: الصحيح المنصوص البطلان.

والوجه الآخر محكى عن صاحب الإفصاح.

ولو باعه على أنه ذكر فبان [أنه](٤) جارية.

قال العمرانى فى الزوائد: صح البيع وله الخيار فى أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا ينعقد، وقد سبق فى باب الربا عن الماوردى البطلان، وذكر الرافعى فى كتاب النكاح فيما إذا قال: بعتك فرسى هذا، وهو بغل، أن الظاهر الصحة، وهو يخالف ما قدمناه فى باب الربا وكذلك قال عن الرويانى فى البحر أنه لو قال: زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته، صح النكاح.

---

(١) فى أ: وفيهما.
(٢) فى أ: حكيتهما.
(٣) فى أ: فيهما.
(٤) سقط فى أ.

ولو باعه عبدا على أنه تركى فإذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف، فالبيع صحيح، قاله الإمام فى باب بيع الغرر.

إذا عرف ذلك فإن قلنا: فى اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام.

وإن قلنا: العقد صحيح، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ، كما نبه المصنف بالمثالين عليه.

ولو قيل: إنه إذا خرج أجود، يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد؛ لأن [القول هذا على][(١)] الأجناس والصفات.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة، فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده؛ لأنه دخل فى العقد على أن تسلم له العشرة، ولم تسلم له فثبت له الخيار، كما لو وجد بالمبيع عيبا.**

**وإن وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان:**

**أحدهما: أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشترى على قبوله، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة.**

**والثانى: أن البيع باطل؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة [أذرع][(٢)]، ولا إجبار المشترى على الرضا بما دون الثوب والساحة من الأرض؛ لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض، فوجب أن يبطل العقد، فإن اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة، فهو بالخيار بين أن يفسخ؛ لأنه لم يسلم له ما شرط، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن؛ لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها فى القيمة، ويخالف الثوب والأرض؛ لأن أجزاءها مختلفة، فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها؛ لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن، وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة؛ لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار.**

**الشرح**: الذراع فيه لغتان: التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة.

---

(١) فى أ: على هذا القول.

(٢) سقط فى ط.

وقال سيبويه: الذراع مؤنثة، فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع، فوجده تسعة، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا.

**أما الأحكام**: فاعلم أنه تقدم الكلام فى خلف الشرط فى الصفة والجنس، والكلام الآن فى المقدار، وذكر المصنف فيه قسمين:

**أحدهما**: ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة.

**والثانى**: ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسمين إلى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان، وإلى ما يحصل بالزيادة فهى أربع مسائل، وطريقة العراقيين فى ذلك تحتاج إلى تأويل وفكر.

وأنا - إن شاء الله تعالى - أذكر طريقهم وطريق غيرهم فى ذلك ثم أبين وجه الإشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى:

**الطريقة الأولى**: التى ذكرها المصنف وجمهور العراقيين، منهم القاضى أبو الطيب القطع بالصحة فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشترى، والقطع بالصحة فى حالة الزيادة فى المثلى فى القدر المشروط خاصة بلا خيار، والتردد [فى الزيادة فى حالة المتقوم][1]، هل يصح ويكون للبائع الخيار، وهو الأصح أو يبطل؟ وهذه الطريقة هى التى أوردها القاضى حسين فى آخر باب الشرط الذى يفسد البيع، وفرضها فى الثوب خاصة، وصححها الشاشى، وعلى هذه الطريقة الصحة فى القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولا واحدا.

وأما المتقوم فجمهورهم على أنه إذا أجاز يجيز بجميع الثمن.

واختلف كلام القاضى أبى الطيب، ففى التعليق وافق ذلك: وفى المجرد قال: يجب بالقسط.

قال ابن الصباغ: والأول أصح.

**الطريقة الثانية**: ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها إلا فى الثوب خاصة قال: لو قال: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشترى فى أن يمسك بكل الثمن أو يرد.

ولو خرج إحدى عشرة فالمنصوص: أن الخيار يثبت للبائع.

---

(١) فى أ: فى حالة الزيادة فى المتقوم.

ومن أصحابنا من خرج ههنا قولا آخر أن البيع يبطل، وهذا إذا قال له: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع، وأما إذا قال: بعتك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو إحدى عشرة، ففى صحة البيع قولان، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبا.

هكذا رأيته فى تعليقته التى عندى بخط مسلم الدارى تلميذه، مع أن الذى فى التجريد للمحاملى يوافق ما ذكره المصنف والجمهور، والتجريد مأخوذ من تعليقة البندنيجى عنه.

**الطريقة الثالثة**: طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته فى باب الربا، والشيخ أبو محمد والإمام الغزالى والرافعى إطلاق الخلاف فى حالتى النقصان والزيادة فى المتقوم والمثلى، وفرضها الإمام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالى فى الصبرة أيضا، والرافعى فى الأرض، ثم قال: ويقال بهذه المسألة ما إذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة.

ومنهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين، وأكثرهم يحكيه قولين.

**وأظهرهما عندهم**: الصحة تغليبا للإشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات، وبهذا قال أبو حنيفة.

**والثانى**: أن البيع باطل؛ لأن قضية قوله: بعتك هذه الأرض ألا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع، فوقع التضاد وتعذر التصحيح، فعلى طريقة هؤلاء.

إن قلنا بالبطلان فذاك وإن قلنا بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشترى، وإذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة.

وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشترى؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره، واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها، لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الأرض والثوب إشكال لإيهام المبيع، وسيأتى فى كلام الماوردى ما يدفع هذا الإشكال وينبغى أن يحمل على الإشاعة لكنه مشكل من جهة أخرى، فإذا قلنا: الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع إن أمكن القول به، فهل للمشترى خيار؟ وجهان:

**أحدهما**: نعم؛ لأنه لم يسلم له المشار إليه.

**والثانى**: لا؛ لأنه شرط عشرة وقد سلمت له، وهذا موافق لما قاله المصنف فى الصبرة.

وإن قلنا الزيادة للمشترى فلا خيار له، ولم يذكر الرافعى غير هذا.

وهل يثبت الخيار للبائع؟ فيه وجهان:

**أصحهما**: نعم.

وهذا هو القول الأول الذى ذكره المصنف فى الثوب والأرض فى حالة الزيادة، وهو الذى صححه فيها ابن أبى عصرون وغيره، فإذا أجاز كانت كلها للمشترى.

[ولا يطالبه][(1)] للزيادة بشىء.

**والثانى**: واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع، ويصح البيع فى الجميع بجميع الثمن [المسمى][(2)]، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشترى: لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة.

فقد حكى صاحب التقريب فى ذلك قولين، وحكاهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط.

ورجح ابن سريج السقوط فى جوابات الجامع الصغير [المحمد بن أحمد الدارمى][(3)] ولو قال: لا تفسخ حتى أزيدك فى الثمن لما زاد لم يكن له ذلك.

ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف.

هذا تهذيب الطرق المنقولة.

وأما بيان الإشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات:

**أحدها**: أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الإمام - رحمه الله - فى باب النهى عن بيع الغرر:

**أحدها**: خلف شرط جنس المبيع.

والصحيح البطلان.

---

(١) فى ط: ويطالبه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

**والثانى**: خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة.

ولا تفريع على القول القريب الذى حكاه الحناطى.

**والثالث**: خلف شرط الصفة فى النكاح، وفيه قولان أظهرهما الصحة.

**والرابع**: تفريق الصفقة من جهة إلحاق القدر بالجزء على ما سأبينه.

الثانية: أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا، فإن الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد، وليس ذلك نظرا إلى العبارة فقط، بل لمجموع الإشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود، والتعليل الآخر ينظر إلى الإشارة وحدها، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف فى المبيع فليس فى هذه الرتبة وإن كان مقصودا، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع.

وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء؛ لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف فى النكاح من جهة أن الغرض الأعظم فى المنكوحة الأوصاف.

**الثالثة**: قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض فى المقدار عن الجنس.

وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك، ثم إن ألحقنا المقدار بالوصف فى المبيع اقتضى الصحة فى جميع الصور، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار.

كما قاله صاحب التهذيب وإن ألحقناه بالوصف فى النكاح وجب أن يجرى الخلاف فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان، وقطعوا فى زيادة المثلى بالصحة، وأن الزيادة للبائع، وترددوا فى زيادة المتقوم، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين فى قول بعضهم: إن الزيادة للبائع، وقول بعضهم: إنها للمشترى وللبائع الخيار كما قاله الرافعى فإن الوصف ليس هكذا، بل إذا خرج زائدا كان للمشترى قطعا بغير خيار، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه إلا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان: إنه إذا أجاز فى المثلى يجيز بكل الثمن، وما أظنه يقول به.

وإن ألحقنا المقدار بالجزء ففى حال النقصان قد اقتضى الشرط إدخال شىء مع

الموجود فى البيع، فكأنه باع موجودا ومعدوما فيتخرج على تفريق الصفقة، وينبغى على هذا البطلان على الأصح فى تفريق الصفقة أنه إذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل، فإن المعدوم لا يعرف فيمنعه، وفى حال الزيادة، والإشارة شاملة للجميع، والعبارة فى الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة وينبغى على هذا أنه فى المثلى يصح على الأصح، وفى المتقوم يبطل الإبهام فإنه غير مميز ولا يمكن تقويمه، وهذا - أيضا - وارد على العراقيين - أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة فى الصور الثلاث.

وتصحيحهم الصحة فى الصورة الثانية - وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة فى الجميع، مع إجراء الخلاف.

وقال الإمام بعد ذكره الأصول المذكورة: إن خلف المقدار فى المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات فى النكاح.

**قال**: والبيع أقبل للفساد بالشرط، ثم قال الإمام: فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا فى الصحة والفساد على التفريق فى الصفقة، وهذه المسألة أولى بالصحة، وإن رتبناها على خلف الصفات فى النكاح فمسألتنا أولى بالفساد، قال: والذى به الفتوى صحة البيع، هذا كلام الإمام، وأما [كلام][1] الغزالى فإنه اختار فى حال الزيادة التخريج على تفريق الصفقة، وفى حالة النقصان التخريج على الإشارة والعبارة، ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح فى القدر الزائد قطعا، ويصح فى الباقى على الأصح وهذا سيأتى له فى الصبرة، وهى التى تكلم فيها.

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن[2] فساده كما تقدم - وأما تخريجه فى حالة النقصان على الإشارة والعبارة، فالإشارة والعبارة مختلفة، ففى الجنس إذا قال: بعتك هذه الشاة.

وكانت بقرة الأصح البطلان، والفتيا هنا على خلافه، وفى النكاح إذا قال: زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة، الأصح الصحة، لكن مقتضاه أن يصح فى جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح، وقد استشكل الإمام قول العراقيين وقال: ذكر

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: إلا.

العراقيون هذه المسألة، وحكموا بأن المساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولا واحدا، وإن زادت ففى صحة البيع قولان، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة، وطرد صاحب التقريب، وسيجىء القولان فى الصورتين.

**قلت**: وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين فى الصورتين فى الصيغة المصرحة بالشرط، فهذا تلخيص الإشكال فى هذه المسألة، وتلخيصه فى ثلاثة إشكالات:

**أحدها**: على المشهور عن العراقيين فى فرقهم بين النقصان والزيادة، وهو سؤال الإمام، وفى فرقهم فى الزيادة بين المتقوم والمثلى.

**الثانى**: على الشيخ أبى حامد فى فرقه بين أن يقول: إنها عشرة أذرع، فيجرى القولان، وبين أن يقول: وهى عشرة أذرع، فيفرق بين النقصان والزيادة، وإن كانت هذه الصيغة شرطا فينبغى الخلاف فيها، أو لا فلا ينبغى الخلاف فيها.

**الثالث**: عليهم وعلى الإمام والخراسانيين فى قولهم إن زيادة الصبرة تكون عند بعضهم للبائع، وقول الرافعى وبعضهم: إنها للمشترى، وللبائع الخيار، وعلى الإمام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا، وقد عرفت أن التخريج فى بعض الصور يقتضى خلاف ذلك، وصاحب التهذيب سالم من هذه الإشكالات، لكن قوله مخالف للأكثرين.

إذا عرفت هذا فنقول: إن الشافعى - رحمه الله - نص فى البويطى على ما نقله القاضى أبو الطيب وغيره من الأصحاب: على أنه إذا اشترى صبرة على أنها مائة كد فلم يصب إلا خمسين، فهو مخير إن شاء أخذها بحصتها، وإن شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان، ويقتضى الصحة إما قطعا - كما قال العراقيون - وإما أنه الراجح، ويقتضى - أيضا - رد القول بأنه يخير بكل الثمن فى المثلى، كما يقتضيه إطلاق الرافعى ومن تقدمه من الخراسانيين، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة، والقول بالنظر إلى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط فى الجنس، ومن جهة قوله: إنه يجيز بالحصة يقتضى عدم إلحاقها باشتراط الوصف من كل وجه، إذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما إذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك.

فإنه إذا أجاز لا يسقط من الثمن شىء، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض

فى القدر عن الوصف، وانحطاطه عن الجنس، فجعل له حكم بحصته وألحق فى الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها، فلم تكن كإخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشترى لفوات غرض مقصود، وألحق فى الإجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد، وإنما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشىء آخر، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والإجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص.

وقال أبو الطيب: إنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة، كما صرحوا به، وإجازة بالقسط خلافا لما يفهمه إطلاق الرافعى - هذا فى حالة النقص إذا كان المبيع مثليا، فإن كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى، والحكم بالإجازة بالقسط متعذر؛ لأنه لا يمكن قسمة الثمن على إجزائها كما قاله المصنف، فخيرنا المشترى بين الإجازة بالجميع والفسخ وأما فى حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين، وهما الإلحاق بالوصف من وجه، وبالجزء من وجه فمن جهة إلحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشترى كأوصاف السلامة إذا شرط عدمها، وكانت موجودة، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع؛ لأنه مستقل يمكن إيراد العقد عليه، فإن أمكن ذلك كما فى المثلى أبقيت الزائد للبائع، وقلنا: إلحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشترى به فى حالة النقصان، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشترى لتطابق الإشارة والعبارة عليه، ولا يسقط من الثمن شىء؛ لأنه لم يقف عليه شىء مقصود، وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق الغرض به لا يزيد، ولا يثبت خيارا؛ لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشترى، ولا محذور فى ذلك، فإن المشترى يكون شريكا للبائع فى الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر.

وأما فى المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدى إلى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد، ومشاعا ويؤدى إلى ضرر القسمة، فترددنا بعد ذلك، فمن قائل يقول: إنا فى هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى، وهذا هو القول المخرج، وهو ظاهر بهذا التقرير، ولا يلزم طرده فى بقية الصور، ومن قائل يقول: إن هذا المحذور

يندفع إذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع، لكن ههنا يجب[١] على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان، أما على القول بالصحة وهو المنسوب إلى النص فهل [نقول][٢] أنه صح فى الجميع بالثمن وللبائع الخيار؟ أو صح فى المقدار المشروط؟ وإذا تبرع البائع بتسليم الجمنيع لزم إن قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك فى الصبرة إذا خرجت زائدة؟.

وظاهر كلامهم وقولهم: أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد لم يشمل الزيادة ويحتمل أن يكون العقد شملها، ويكون مرادهم أنه يقوم[٣] البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدى هذا المعنى، وإن قلنا بالثانى كان ذلك سالما فى الصبرة، ولكن فى الثوب والأرض مشكل؛ لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول، فيكون باطلا من أصله ولا يجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع، فطريق الخلاص عن هذا الإشكال بما سيأتى عن الماوردى أنه على قول الصحة يصح فى جزء شائع، لكن ذلك فيما إذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا، أما إذا ذكره مجملا فسيأتى، وأما على القول بالبطلان عند زيادة المتقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله؟ أو أنه ينفسخ عند التشاحح لتعذر إمضائه؟.

إن قلنا بالأول وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب فعلة المصنف لا يقتضى ذلك؛ لأنه علل بأنه لا يمكن إجبار البائع، ولا إجبار المشترى، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد، كما قال هو وأكثر الأصحاب فى بيع الصبرة بالصبرة كيلا بكيل إذا خرجتا متفاضلتين، وليسا من جنس واحد، فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى، وحينئذ لا يلزم طرده فى شىء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح فى الجميع ثم يسترجع البائع فى المثلى، إن شاء الزيادة بغير تقسيط، وفى المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ، هذا ما ظهر لى فى ذلك، وأظنه صوابا وإن كان الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه.

**فائدة:** قد نبهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الإجازة ههنا فى المتقوم

---

(١) فى أ: بحث.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: لا يلزم.

بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة، وعلى أنه فى المثلى يجيز بالقسط من غير خيار، بخلاف ما يقتضيه كلام الرافعى من أنه يجيز بالكل، ونص الشافعى فى المثلى بخلافه.

**فائدة أخرى**: صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها، بل هى على ثلاثة أحوال:

**أحدها**: أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل كقوله: بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع، فالحكم على ما تقدم.

**الثانية**: أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله: بعتك هذه الأرض على أنها عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فقد ذكرها صاحب التتمة [أن الحكم][1] على ما تقدم ومثل بالأرض والثوب والقطيع.

وقال الماوردى فى الأرض والثوب: إن خرجت تسعة ثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والإجازة بحسابه من الثمن.

وهو فى ذلك موافق لما تقدم عن القاضى أبى الطيب فى المجرد، والصحيح خلافه، وإنه يجيز بكل الثمن، قال الماوردى: وإن خرجت أحد عشر فقولان .

**أحدهما**: يبطل العقد.

**والثانى**: يصح فى عشرة، ويكون البائع شريكا بالباقى على الإشاعة، ويثبت للمشترى الخيار، والماوردى فى هذا - أيضا - موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة فى الثوب والأرض، فيندفع عنه إشكال الإبهام، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها، لكن هذا ظاهر فيما إذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته، أما إذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغى على قول الماوردى أنه يجيز بالقسط، والذى ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل.

**الحالة الثالثة**: أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع، كقوله: بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم، فقد تقدم نظير ذلك فى كلام المصنف فى باب الربا فيما إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان:

---

(١) سقط فى ط.

**أحدهما**: عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه إذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول، وإن رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد، وإن تشاحا فسخ، وقياس ذلك أن نقول هنا: إذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معنيا أم فى الذمة أن يأتى التفصيل المذكور هنا، أما أن يتشاحا أم لا، ووجه ترتيب الحكم بين.

**والطريق الثانى**: عن صاحب التهذيب حكاية قولين.

**أصحهما**: البطلان وقياسها أن تأتى هنا - أيضا - فعلمنا أن فرض المسائل فيما إذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله، وكلام المصنف ظاهر فى أنه إنما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط، ألا ترى إلى قوله بجميع الثمن؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه.

**فائدة أخرى**: فرض هذه المسائل فى شىء واحد مكتوب[1]أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردى: البيع جائز للمشترى أن يأخذها بالقسط من الثمن.

قال: ولو زادت ثوبا فالبيع فى جميعها باطل قولا واحدا، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مذارعة؛ لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعا فى جميعها ومساويا لباقيها، وما زاد فى الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيه، ويمكن أن يكون مشاعا فى جميعه.

**قلت**: وقوله فى النقصان أن يأخذ بالقسط، موافق لما تقدم عنه فى الثوب الواحد، والأصح هناك خلافه، وقوله فى حالة الزيادة: يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح فى الثوب الواحد إن جعلناه على سبيل الإشاعة كما قال الماوردى فبنسبتها قاله هنا، وإن جعلنا الصحة فى الجميع فلا، والله أعلم.

**فائدة أخرى**: القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضى حسين قبل باب بيع حبل الحبلة صورها فى الصبرة ونسب الصحة إلى النص، ثم قال: وكذلك حكم الثوب، وقال أبو حنيفة: فى الصبرة يجيز العقد فى ذلك القدر بحصته من الثمن، وفى الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن، وفرق بأن الذرع صفة فى الثوب كالطول والقصر، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها، ولهذا أوجب الشرع

---

(١) فى أ: كثوب.

التساوى فى المقدار فى بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير فى العادة، كالكيل والوزن، فلا فرق بينهما.

**فائدة أخرى**: النص المنقول عن البويطى مثله فى الأم فى آخر باب الثنيا عقب الكلام الذى سأحكيه عنه، فى بيع العبد الجانى إذا قتل فى يد المشترى قال الشافعى: لأن العيوب فى الأبدان مخالفة بعض العدد - ولو كان المشترى كيلا معنيا كان هكذا، وإذا كان ناقصا فى الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء فسخ فيه البيع انتهى. وهذا فيه زيادة فائدة، وهو نصه على الفرق بين الوصف والمقدار كما قلته أولا، لقوله: إن العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العدد.

**فائدة أخرى**: أكثر الأصحاب إنما صوروا ذلك فى الأرض والثوب، وصورها الزبيرى فى المقتضب فى الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان فى حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى فى الكتاب.

**فرع**: من خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى: إذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما إذا علم المشترى ذلك فالبيع باطل وإن لم يعلم فهو بالخيار.

**قلت**: وكذلك قاله ابن القطان فى المطارحات، وفى البطلان إذا علم نظر وينبغى أن يكون هذا الشرط لا أثر له، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط ألا يلزم بأكثر من ذلك وحينئذ يتجه البطلان، والله - تعالى - أعلم.

**فرع**: المشهور فى المذهب أنه إذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل: يصح فى الآدميات؛ لأنه عيب، ولهذا ألغى.

قال المرعشى فى ترتيب الأقسام: يصح من البائع ولا يصح من المشترى.

**قلت**: فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول: ليس للمشترى الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد؛ لأن الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظر واحتمال، وهذا الذى قاله المرعشى هنا يوافق التفصيل فى شرط ترك الوطء فى النكاح، وذلك أن الشارط هو الذى له غرض فى إثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس إلا إسعاف الشارط، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح، وإن كان الرافعى استشكله هناك، فالمشترى هنا ليس له غرض فى له غرض الحمل وإنما

الغرض للبائع فى براءته من العهدة بسببه، وعلى هذا [أنه] يقوى أنه إذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم، أما إذا كان الشارط هو المشترى فيظهر أن له الرد؛ لأن الحمل - وإن قلنا: إنه عيب - إلا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به فى الصداق.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن باع عبدا جانيا ففيه قولان:**

**أحدهما: أن البيع صحيح - وهو اختيار المزنى - لأنه إن كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته، فجاز بيعه كالمريض.**

**وإن كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره، فلا يمنع من بيعه.**

**والقول الثانى: أن البيع باطل؛ لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمى كالمرهون».**

**الشرح:** ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التنبيه فى باب ما يجوز بيعه وذكره فى المهذب فى هذا الموضع، وكذلك المزنى والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه، فإنه مقصود فى هذا الباب، والقولان منصوصان. قال: ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان.

**أحدهما:** أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش جنايته.

**والثانى:** البيع مفسوخ من قبل أن الجناية فى عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع، فيعطى رب الجناية جنايته، وبهذا أقول، إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد إن كانت جنايته أكثر، كما يكون هذا فى الرهن قال المزنى: كما يكون العتق جائزا، تجويز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين إبطال البيع والعتق، فإذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى.

والقول بالجواز، مذهب أبى حنيفة[(١)] وأحمد[(٢)] واختيار المزنى ورجحه الغزالى، والقيل بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم ورجحه الغزالى، والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم، هذا كلامه لقوله: وبهذا

---

(١) قال فى درر الحكام (٢/ ١١٥): (وإن وهبه) أى المولى العبد الجانى (أو باعه أو أعتقه أو دبره أو استولدها) أى الجارية (ولم يعلم بها) أى الجناية (ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش وإن علم غرم الأرش).

(٢) قال فى مطالب أولى النهى (٢/ ٢٦): لو باع السيد عبده الجانى لزم فداؤه ولزم البيع.

أقول: وكذلك صححه الجمهور، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من إلحاقه إما بالمرتد وإما بالمريض، وكلاهما يصح بيعه، هذا إن كانت الجناية عمدا، وإن كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير إذن السيد، وبهذا فارق المرهون. واحتج المزنى بالعتق وأن الشافعى جوزه أى فى العبد الجانى، فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة. واحتج أبو حنيفة بأن الأرش فى رقبته غير مستقر؛ لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا، واحتجوا للبطلان بالقياس على الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية آكد من الرهن؛ لأن العبد المرهون إذا جنى بيع فى الجناية وبطل الرهن، فإذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجناية أولى، وأجاب الأصحاب عن إلزام المزنى للشافعى بأن البيع فيه قولان:

فإن قلنا: البيع جائز فالعتق أولى.

وإن قلنا: البيع لا يجوز ففى العتق الأقوال الثلاثة التى فى المرهون، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه.

**قلت**: وهذا الجواب فيه نظر، فإن المزنى ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه، بل لما قاس الشافعى عليه استدل من كلام الشافعى على أنه يجوزه، فألزمه بتجويز البيع، والطريق فى الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعى يقتضى أن يكون قائل القول الأول يرى العتق جائزا فشبه به البيع. إما بطريق التشبيه، وإما بطريق القياس عند ذلك القائل، والشافعى قد قال: إن القول الثانى قوله، وسكت عن العتق، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه. وأما قول المزنى: إن الشافعى سوى بين البيع والعتق فى الرهن فى الإبطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين:

**أحدهما**: أن الشافعى لم يسو بينهما فى الرهن، بل خالف بينهما؛ لأن البيع فى المرهون يبطل قولا واحدا، وفى عتقه ثلاثة أقوال هكذا، بحيث يختلف هذا الجواب.

**الثانى**: أن هذا الاستدلال بالعكس، ولا يلزم الجواب عنه، هكذا قال الشيخ أبو حامد، وفيه نظر؛ لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح؛ لأنه لو لم يصح بيع الجانى لما صح عتقه كالرهن، فإنا نقيس الجانى على المرهون فى التسوية بينهما، ثم التسوية بينهما إما فى المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن فى الجواز وأجاب

هذا أنا نمنع أنه لم يقل به؛ لما تقدم أنه ليس فى كلام الشافعى تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب: ولا يلزم من جواز العتق جواز البيع؛ لأن الآبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم، ولا يجوز بيعهم.

قال الماوردى: إن قياس العكس قال به أكثر الفقهاء، وإن خالفهم أكثر المتكلمين.

**قلت**: ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الإسفراينى كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجى فى الأصول، فلذلك منع هنا على طريقته، وفرق القاضى حسين بينه وبين المرتد، بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى، فلم يزل بها ملك المالك عنه، ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء، وهو الملك لكونه مملوكا لمالكه، يعنى والمستحق فى الجناية وقعت فيه مزاحمة وحق المجنى عليه، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا، وفى كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان؛ لقول الشافعى: وبهذا أقول، وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج إلزام المزنى؛ لما فهم عن الشافعى القطع بالبطلان، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولا ثالثا أن العقد موقوف، فإن قدر نفذ، وإن لم يقدر بطل كالمفلس إذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا، وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشىء والاشتباه من قول الشافعى: يرد البيع إلى قوله: إلا أن يتطوع السيد، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد.

وقوله « يتطوع السيد » يعنى بدفع الأرش أو القيمة، فلا يباع العبد، وليس معناه أنه إلا أن يتطوع فيصح البيع، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولا مطلقا من غير نسبة إلى تخريج، قال: فإذا بيع، وقلنا: موقوف، فإن أدى الأرش صح بيعه ولزم، وإلا بيع إن استغرقه الأرش، وإن لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار للمشترى فى الباقى، فإن أجاز فبحصته من الثمن، وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا، وبين أنه فى جناية الخطأ يسير إلى أنه لا يجرى فيه جناية العمد، قال: ومنهم من أنكره.

**قال المصنف رحمه الله تعالى وفى موضع القولين ثلاث طرق:**

**أحدها: أن القولين فى العمد والخطأ، لأن القصاص حق آدمى فهو كالمال، ولأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال.**

**والثانى: أن القولين فى جناية لا توجب القصاص.**

**فأما فيما يوجب القصاص - فلا تمنع البيع قولا واحدا؛ لأنه كالمرتد.**

**والثالث: أن القولين فيما يوجب القصاص.**

**فأما فيما يوجب المال - فلا يجوز قولا واحدا؛ لأنه كالمرهون».**

**الشرح:** الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب، وقال الشيخ أبو حامد: إن الطريق الثانى هو مذهب الشافعى؛ لأنه قال فيها قولان:

**أحدهما:** البيع جائز، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجناية، وألزم السيد المال، ولو كان ذلك فى الجناية الموجبة للقصاص لقال: والولى بالخيار، ثم قال: والقول الثانى أن البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجناية جنايته إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية، وكل ذلك يكون فى الجناية الموجبة للمال.

قلت: وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى فى كلام الشافعى دلالة عليها، لأنه لم يتعرض للعمد. يبقى ولا إثبات، فإجراء الخلاف فيه إنما يكون بالتخريج إن صح القياس أو بنقل آخر، أما هذا فلا، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هى الصحيحة، وإن الخلاف مقصور على حالة إيجابها المال فقط وممن صححه الرافعى، وقال ابن أبى عصرون: إن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم، والطريقة الأولى فى الرافعى ما يقتضى نسبتها لابن خيران ومن القائلين بها من بنى القولين فى العمد على أنه موجب ماذا؟ إن قلنا: القود المحض صح بيعه كالمرتد، وإن قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون. وكلام الرويانى يدل على اختيارها، فإنه قال: إن الأصح بطلان البيع عمدا أو خطأ ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبى هريرة، ومن الأصحاب من قال: ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما إذا جعلنا موجبه القصاص لا غير؛ لأنا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين، وشاهد وامرأتين. حكاه القاضى حسين مطلقا، وعزاه ابن داود لصاحب التقريب وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين، وهذا فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية. وهذا كله حيث لا عفو، فإن عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة، إما جريان القولين، وإما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك حكم الخطأ كذلك إذا أتلف العبد مالا. واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجانى والمرتد من كلام القاضى حسين، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه، والفرقان يقتضيان وجهين:

**الطريقة الأولى:** إلا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر.
قال الشيخ أبو حامد: كل حق تعلق بعين مال لإنسان باختياره يمنع البيع قولا واحدا كالرهن، وكل حق تعلق بعين مال لإنسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا؟ على قولين كما ذكرنا ههنا. وكما قلنا فى المال إذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل إخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره، كان على قولين. يعنى إذا قلنا: إنها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جناية بعينه، محل هذا الخلاف والطرق إذا كانت الجناية متعلقة برقبته كما تقدم، وباعه قبل الفداء وهو موسر. فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم يمنع بيعه بحال، وإن تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل. ومنهم من طرد الخلاف فيه، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه إن صححنا، وإن باعه وهو موسر فإن كان بعد الفداء صح، وإن كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف، وإن كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فإطلاق صاحب التهذيب يقتضى الصحة، وإطلاق الماوردى يقتضى طرد الخلاف، وهو الأقيس؛ لأن اختيار الفداء ليس بالتزام، فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شىء، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح الوجهين فى الوسيط فى آخر العاقلة قبيل القسم الرابع فى دية الجنين، بل لو قلنا باللزوم فغاية ذلك أنه ضمان، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها، ولو باع العبد الجانى بإذن ولى المجنى عليه فلا إشكال فى الصحة.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإذا قلنا: إن البيع صحيح فى قتل العمد فقتل العبد فى يد المشترى ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو على بن أبى هريرة: إن علم المشترى بالجناية فى حال العقد لم يرجع عليه بالأرش، وإن لم يعلم رجع بأرش العيب؛ لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه، فهو كالمريض، وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش وإن لم يعلم رجع. فكذلك ههنا، فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن. وقال أبو إسحاق: وحدود القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص، فإذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع بالجناية حال العقد أو لم يعلم، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان فى يد البائع فأشبه ما إذا استحق، ويخالف المريض، فإنه لم يمت بالمرض الذى كان فى يد البائع، وإنما مات بزيادة مرض حدث فى يد المشترى، فلم يرجع بجميع الثمن».**

**الشرح:** بدأ المصنف بالتفريع الذى هو المقصود، فوضع المسألة فى هذا الباب

واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك، فإن التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب، وقد قال الأصحاب: إنا إن أبطلنا بيع العبد الجانى رده واسترجع الثمن، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه، فإن كانت الجناية توجب القصاص واقتص الولى فذاك، وإن عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته إن شاء فداه من ماله، فإن سلمه فإن بيع بقدر الجناية فذاك، وإن بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره، وإن بيع بأكثر فالفاضل يدفع إلى السيد البائع، وإذا أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد.

**والثانى**: يتعين الأرش وإن كثر، إلا أن يسلم العبد ليباع فإنه قد يرغب فيه راغب بأكثر، وإن قلنا بصحة البيع، فإن كانت الجناية توجب المال فظاهر مذهب الشافعى أن السيد ملتزم للفداء ببيعه، مع العلم بجنايته، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله، وقيل: هو على خيرته إن فدى أمضى البيع وإلا فسخ قال هذا القائل: وهذا؛ لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له. هكذا قال الشيخ أبو حامد. ويقتضيه كلام أبى الطيب فى النقل عن صاحب هذا الوجه، وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن: أنا أقضى الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن، لا يجب عليه الوفاء بذلك، وهذا النقل نستفيد منه، وبه يضعف ما اقتضاه إطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء. ولا يضعف به جعل البيع التزاما للفداء؛ لأن المأخذ فى ذلك الحيلولة كالعتق والقتل، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما، فإن قلنا بالأول فطريقان:

**أحدهما**: يفديه ههنا بأقل الأمرين قولا واحدا، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب، وعزاها ابن داود إلى النص.

**والثانية**: ذكرها ابن داود وابن أبى هريرة، ويقتضيها كلام الماوردى جريان القولين ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع، ولذلك إذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة. ومنهم من أجرى فيه الخلاف، فإن تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع فى الجناية؛ لأن حق المجنى عليه سبق حق المشترى.

وإن قلنا بالثانى وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء. وهو قول أبى إسحاق المروزى فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع. وفى الفداء ههنا القولان؛ لأنه قادر على

تسليمه. وإن كانت الجناية موجبة خيار القصاص، فإن عفا الولى فالحكم على ما تقدم، وإن طلب المكان بعده، وهى مسألة الكتاب، والمقصود فى هذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع، فإذا قتل فى يد المشترى بالجناية السابقة، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب، فإن كان قد علم به قبل الشراء أو بعده، ولم يفسخ حتى قتل فلا شىء له.

وإن لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشترى، وهذا نسبه الجمهور إلى ابن سريج وابن أبى هريرة، كما نسبه المصنف، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره، ونسبه الماوردى لابن أبى هريرة خاصة، ولم ينسب لابن سريج فى هذه المسألة شيئا ونسب إليه فى مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله فى القول الثانى وهو غريب، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين فى هذا المعنى.

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبى هريرة عن نصه فى الإملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد، ومال الماوردى إليه فى القطع بالسرقة، والثانى وهو قول أبى إسحاق وابن الحداد وهو مذهب الشافعى على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما، وهو نصه كما ذكره المصنف، ولفظه فى آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم قال الشافعى: من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول، أو بقرا أو إبلا فأخذت الصدقة منها فللمشترى الخيار فى رد البيع؛ لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقى بحصته من الثمن، ولكن من باعه إبلا دون خمسة وعشرين فالبيع جائز، وعلى البائع صدقة الإبل التى حال عليها الحول فى يده، ولا صدقة على المشترى فيها. قال: ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده فى سرقة، فإذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه. وإذا قطع فله الخيار فى فسخ البيع وإمساكه؛ لأن العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العدد. ا هـ.

وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان فى يد البائع وأحيل الهلاك عليه، وإن وجد فى يد غيره كما لو أحبل المشترى الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها إلى بائعها وماتت من الطلق. وبهذا القول قال أبو حنيفة ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع، ويعبر عنه - أيضا - بأنه كالاستحقاق، أى جعل التلف فى يد المشترى بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى المبيع بسبب سابق وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع، ولم يريدوا ذلك بل ينفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث

الجملة، وقد تقدم أن الماوردى نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع. وذلك خلاف المشهور وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض إلى أن مات فى يد المشترى طريقان.

**أحدهما**: أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحليمى وغيره، وسيأتى عن القاضى أبى الطيب ما يقتضيه، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها.

وأشهرهما القطع بأنه من ضمان المشترى، وعلى هذا الفرق ظاهر؛ لأن المرض يزداد شيئا فشيئا إلى الموت، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجناية فإنها سبب كامل للقصاص، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فإنه يمنع من إلحاقه بالمرض القديم، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد، والأصل صحة العقد ولزومه.

ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب؛ لأنها ماتت من أوجاع الطلق، وهى حادثة فى يد المشترى كالمريض إذا مات، قاله القاضى أبو الطيب، وحكم الجراحة السارية حكم المرض، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين. وبين أن ذلك فى المرض المخوف.

أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرش إذا ازداد فى يده ومات، وكذلك ذكره القاضى حسين وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغوى حينئذ موافقين للحليمى وهذا كله إذا لم يعلم المشترى بالجناية حتى قتل فى يده، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك، قال الرافعى: ويحكى عن أبى إسحاق واختيار أبى حامد.

**قلت**: وهو الشيخ أبو حامد الإسفرايينى وتبعه المصنف أما القاضى أبو الطيب فإنه نسب ذلك إلى بعض أصحابنا. وقال: إنه غلط، وإن مذهب الشافعى لا يختلف أنه بمنزلة العيب. ونقل عن نص الشافعى فى كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذى قد رضى به. ولا شىء له. قال الرافعى: إنه الأصح عند الجمهور. وهو قول ابن الحداد: إنه لا يرجع بشىء؛ لدخوله فى العقد على بصيرة وإمساكه مع العلم بحاله كما قال القاضى أبو الطيب قال: وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه.

ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبى عصرون، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق، وعند العلم ينزل

منزلة العيب، فإذا رضى به سقط أثره، وهو أقوى فى المعنى، وفى الحقيقة هو عيب فى الحالين، ولكن فى حالة العلم سقط أثره، وفى حالة الجهل القتل من أثره، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق؛ لكونه لم يرض به.

غير أن النص الذى تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن إن كان هو الذى نقلته فيما تقدم عند طرآن العيب قبل القبض، وهو قول الشافعى: إنه عيب دلس به، فهذا لا دليل فيه؛ لأن الشافعى تكلم فى حالة القصاص، وإنما ذلك إذا طلع عليه قبل القصاص، قال: له أن يرد؛ لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه، إنما النزاع فى كونه إذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا؟.

**فرع**: أما ثبوت الخيار للمشترى إذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فإن كان بعد الفداء فقد سبق حكمه فى العيوب والتفصيل فى العمد بين أن يتوب أو لا وفى الخطأ بين أن يكثر أو لا، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعى فى البويطى فى كتاب الغصب يدل على أنها وإن كثرت - لا يثبت الخيار إذا كان خطأ، وفيه نظر، وقد تأملت فى كتاب الغصب فى البويطى، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق، وليس بقوى التمسك به.

وقال ابن الرفعة: إنه بين التمسك به فى كتاب الغصب، أما إذا كانت قبل الفداء، قال ابن الرفعة: شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا: يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال، وهذا حيث يقول: إن مجرد الجناية لا يكون عيبا أما عند التوبة أوعدم التكرار أما إذا كانت عيبا فهى كافية فى ثبوت الخيار.

**فرع**: إذا باعه ولا جناية منه، ولكنه كان قد حفر بئرا فى محل عدوان قبل البيع فتردى فيها، من يجب ضمانه بعد البيع؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفا على مال، وقد تقدم.

**فروع**: وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفادى، وفيه وجه مذكور فى الديات من الرافعى.

ولو قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء، قاله القاضى عنه فى باب الأمة تغرس نفسها، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق، والفرق أنه فى هذه عتق بفعله، ولم يوجد من السيد فعل، وفى الأولى لم يوجد من العبد

شيء، فصار السيد متلفا بالعتق المعلق ومثل ذلك إذا قال: إذا قدم زيد فأنت حر، فإنه لا فعل من العبد.

قال ابن الرفعة: ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجاني، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعتقه ببينة[١] لو نقص الأرش عن الرقبة، هل يكون الحكم كما تقدم؟ ولا يمتنع البيع إلا في مقدار الأرش؟ ظاهر نص الشافعي الأول، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف، وقال: وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين: إن بيع العبد الجاني كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وبأن الرافعي في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنايات، [قال][٢] إذا جنى عبد على حر وعفا المجني عليه ومات، فإن أجازته الورثة فذاك وإلا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد، وأشار الإمام فيه إلى وجه آخر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقي شيء من الدين.

**فائدة**: أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته، فإذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد إلا ما في يده، وكذلك إذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد إلى الرقبة.

**فرع**: لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم [حال] قال صاحب الاستقصاء، قال القاضي أبو الطيب: قياس قول أبي بكر بن الحداد المصري تصير الزيادة كأنها حصلت في يد البائع وللمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن، وعلى قول سائر أصحابنا: زيادة المرض في يده تمنع من الرد، وله الرجوع بالأرش بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا، بالعيب الذي كان في يد البائع دون الزيادة التي حدثت في يد المشتري؛ لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذي كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وإن لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت إلى النفس، فعلى قول ابن سريج وأبي علي: لا ينفسخ ويرجع بالأرش، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضي أبي الطيب أنه على الوجهين.

---

(١) في أ: تنبيه.
(٢) سقط في ط.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن اشترى عبدا مرتدا فقتل فى يده، ففيه وجهان فى قول أبى إسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن، وعلى قول أبى العباس وأبى على بن أبى هريرة إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع [بالأرش][(١)] ووجههما ما ذكرناه فى الجانى عمدا».**

**الشرح**: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه: أنه لا يصح تخريجا من الخلاف فى العبد الجانى، والمشهور القطع بالأول، وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الإشارة إلى الفرق؛ لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمى وله العفو على مال فكأن تعلق المال حاصل بخلاف المرتد، وقال القاضى حسين: إن الوجه المذكور خطأ؛ لأن الشافعى نص أن رهن المرتد والقاتل جائز، فإذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم، وإن قتل فى يد المشترى بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم فى الجانى على قول أبى إسحاق وابن الحداد، والمنصوص للشافعى، ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشترى جاهلا بردته.

وفيما إذا كان عالما وجهان، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى إسحاق أنه كذلك، ولهذا أطلق هنا، ورأى ابن الحداد وهو الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع، ولا يرجع بشىء.

قال الإمام: كان يقرب من ذلك الوجه، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال إن قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح، وإن عاد إلى الإسلام تبينا الصحة، قال: ولم أر ذلك لأحد.

وأما على قول ابن سريج وابن أبى هريرة، فإن كان علم بالردة لم يرجع بالأرش؛ لأنها عيب رضى بها، وإن لم يعلم رجع، كتعذر الرد، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب، فيتقوم مرتدا وغير مرتد، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن، قال الأصحاب: فإن قيل: المرتد قتل لإقامته على الردة، وذلك حادث فى يد المشترى فالجواب أنه إنما قتل [بالردة][(٢)] السابقة؛ لأنه لو قتله إنسان قبل الاستبانة لم يضمنه

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: للردة.

فإقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «وإن قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفرايينى - رحمه الله - فى التعليق: إن البيع باطل؛ لأنه لا منفعة فيه؛ لأنه مستحق القتل، كالحشرات.**

**وقال شيخنا القاضى أبو الطيب: يصح بيعه؛ لأن فيه منفعة، وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن، فعلى هذا إذا قتل فى يد المشترى فحكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة، وقد بيناه».**

**الشرح**: إذا قتل فى المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو إلى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم فى جناية العبد، وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا: تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك فإن قلنا: لا تسقط فثلاث طرق:

**إحداها**: قال الشيخ أبو حامد: لا يجوز البيع قولا واحدا؛ لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل فى غير المحاربة لرجاء برء المريض وإسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه المحاملى فى المجموع، ونسب الرافعى هذه الطريقة إلى اختيار الشيخ وطبقته، ونسبه الإمام وغيره إلى أبى عبد الله الحسين بعدم المنفعة، بل يتحتم القتل فجاز أن يقول: منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فإنه باق يتخلص بالعتق للعبادة، ومنافع الدنيا والأخرة، واختار ابن أبى عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد، وقطع به فى المرشد وقال: جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه، بدليل الآبق والمجهول، والمعنى فيه أن فى العتق قوة وسراية.

**الطريقة الثانية**: ما قاله القاضى أبو الطيب: إنه كبيع الجانى يعنى عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف [وقد علمت ما يرد عليه.

**والثالثة**: وقال الرافعى:][1]أنها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد، ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضى أبو الطيب؛ لأن جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا، لكن يرد على إلحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالإسلام، بخلاف المحارب الذى تحتم قتله ولا شك أنه أولى بالمنع منه، ويبقى النظر فى منفعة العتق فى هذه الحالة، هل هى مقصودة مما يتوصل إليها بالأغراض؟

(١) سقط فى ط.

فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته، ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو على وأن مثل هذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد، وفيه نظر والأقرب الأول؛ لأن العتق كيفما كان فيه أجر، والأجر مقصود متوصل إليه بالأموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة، وقد تقدم تفصيله، وعلى الطريقة التى قال الرافعى: إنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد، وقد تقدم - أيضا - وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام.

**قال المصنف - رحمه الله تعالى -: «إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان:**

**أحدهما: وهو قول أبى سعيد الإصطخرى: أن المسألة على ثلاثة أقوال:**

**أحدها: أنه يبرأ من كل عيب؛ لأنه عيب رضى به المشترى فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه.**

**والثانى: لا يبرأ من شىء من العيوب؛ لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول.**

**والثالث: أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن فى الحيوان الذى لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه إلى عثمان - رضى الله عنه - فقال عثمان لابن عمر: احلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه.**

**قال الشافعى رحمه الله: ولأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبرى من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته، وتوقيف المشترى عليه وهذا المعنى لا يوجد فى العيب الظاهر ولا فى العيب الباطن فى غير الحيوان.**

**فلم يجز التبرى منه مع الجهالة.**

**والطريق الثانى: أن المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره، وتأول هذا القائل ما أشار إليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه.**

**فإن قلنا إن الشرط باطل: فهل يبطل البيع؟ فيه وجهان:**

**أحدهما: لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان - رضى الله عنه - فإنه أمضى البيع.**

**والثانى: أنه يبطل البيع؛ لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا، فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد، والله أعلم**

**الشرح:** هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة، وكثير من الأصحاب أدرجوه فى هذا الباب؛ لأنه من مسائله.

وقضاء عثمان هذا رواه مالك فى الموطإ عن يحيى بن سعيد عن سالم ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لى، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعنى عبدا وبه داء لم، يسمه لى.

قال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه.

فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم[(١)] ورواه البيهقى فى سننه، وفى المعرفة من رواية مالك كذلك.

وفى رواية تعليق أبى حامد وغيره من الفقهاء أن المشترى من ابن عمر زيد بن ثابت، وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان.

وقيل: إن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه.

وقال ابن عمر: تركت اليمين لله تعالى فعوضنى الله، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة، وإسناده ضعيف.

قال البيهقى: إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما، وقال يحيى بن معين حديث شريك عن عاصم بن عبيد الله عن زيد بن ثابت: البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت، تفرد به شريك، وكان فى كتابه عن

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦١٣) كتاب البيوع باب العيب فى الرقيق حديث (٤) عن يحيى بن سعيد عن سالم غن عبد الله بن عمر .
وأخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٣٦) رقم (١٤٧٢٢) والبيهقى (٥/ ٣٢٨) من طريق مالك.

أشعث بن سوار وسئل عبد الله بن المبارك عن حديث شريك عن زيد بن ثابت فى البيع بالبراءة فقال: أجاب شريك على غير ما كان فى كتابه، ولم نجد لهذا الحديث أصلا.

قال البيهقى: إن الأصح ما رواه فى الباب حديث سالم، وهو المذكور من رواية مالك فى قضاء عثمان وعن شريح القاضى أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه إياه فيقول: برئت من كذا وكذا، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء، وعن عطاء بن أبى رباح وطاوس والحسن مثله، وعن أبى عثمان النهدى قال: ما رأيتهم يجيزون من الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه، وأبو عثمان النهدى كبير، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشىء يسير.

والإسناد إليه فى هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلا من عيب يسميه ويريه.

هذا ما فى هذه المسألة من الإثبات(١) عن الصحابة والتابعين.

وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب:

**أحدها**: أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه.

وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور، كما روى عن ابن عمر وزيد.

**والثانى والثالث**: أنه لا يبرأ من شىء من العيوب، واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول: حتى يسميه، وهو مذهب ابن أبى ليلى وسفيان الثورى والحسن بن حى وداود، ونقله ابن المنذر عن ابن أبى ليلى والثورى هكذا مقيدا، ونقله غيره عن الحسن بن حى وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه إذا سمى كفى سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو موافق لما يقوله القاضى حسين من أصحابنا على ما سيأتى.

**والثالث**: أنه لا يبرأ من شىء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد فى رواية عنه وإسحاق، ويشبه أن يكون ذلك الإطلاق فيما [يمكن كما](٢) فصله أصحابنا كما سيأتى، لكن قولهم: إنه يضع يده إن كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته، وإن كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد.

---

(١) فى أ: الآثار.

(٢) فى أ: يمكن رفعه على ما.

**الرابع والخامس والسادس**: أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذى لم يعلم به فى الحيوان خاصة كقول عثمان، وهو مذهب مالك الذى ذكره فى الموطإ هنا.

قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة أوحيوانا بالبراءة فقد برئ من كل عيب فيما باع، إلا أن يكون علم فى ذلك عيبا [فكتمه][(١)]، فإن كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه.

وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا فى تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

**السابع**: قول ثان لمالك - وقال ابن عبد البر: إن مالكا رجع إليه - أنه لا يبرأ بذلك إلا فى الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش؛ لأن الفحاش تشترى لتربح - وأما فى سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به [من][(٢)]عيب أصلا.

**والثامن**: قول ثالث لمالك، وقيل: إنه الذى رجع إليه أنه لا ينتفع بالبراءة إلا فى ثلاثة أشياء فقط، وهو بيع السلطان للمغنم أو على مفلس.

قال بعضهم: أو فى ديون الميت.

**والثانى**: العيب الخفيف فى الرقيق خاصة لكل أحد.

**والثالث**: فيما يصيب الرقيق فى عهدة الثلاث خاصة.

**والتاسع**: أن البيع باطل كما هو قول فى المذهب خارج من التفريع على القول الثانى.

ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف إلا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وإن صح أن أحدا يقول: لا بد من وضع اليد، كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة. هذه جملة المذاهب.

وأما تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب على طرق أشهرها، وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإصطخرى: إنه على ثلاثة أقوال وهى المذكورة فى الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

وهو أنه يبرأ فى الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن، ولا يبرأ فى غير الحيوان بحال، وحاصل هذه الطريقة أن فى الحيوان ثلاثة أقوال، وفى غير الحيوان قولين.

ولا يجىء الثالث فى غير الحيوان؛ لأنه لا باطن له.

كما قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما.

**والطريق الثانى**: القطع بهذا القول الثالث وإلى ذلك ذهب ابن خيران وأبو إسحاق المروزى على ما حكاه الماوردى وغيره، وقال ابن أبى عصرون: إنها الأصح، وقال الإمام إنها الأليق بكلام الشافعى مع قوله: أن الأولى أشهر وفى المجرد من تعليق أبى حامد نسبتها إلى عامة أصحابنا.

**والطريق الثالث**: حكاه الماوردى عن ابن أبى هريرة أنه يبرأ فى الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم.

ولا يبرأ فى غير الحيوان من المعلوم.

وفى غير المعلوم قولان، وقد رأيتها كذلك فى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة.

**والطريق الرابع**: يخرج من منقول الإمام، وهى إثبات ثلاثة أقوال فى الحيوان وغيره ثالثها: الفرق بين المعلوم وغير المعلوم.

**الطريقة الخامسة**: القطع فى الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره، وإجراء الأقوال الثلاثة فى غير الحيوان، وهى تخرج من نقل سلام شارح المفتاح.

**والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة**: مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر، وكذلك طرد التفصيل فى غير الحيوان، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضى أبى الطيب، وذلك يوافق ما حكاه الإمام والماوردى والرافعى أن منهم من اعتبر نفس العلم، والأكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها.

قال الإمام: وإذا جمع جامع الحيوان إلى غيره انتظم له أقوال:

**أحدها**: الصحة فى الجميع.

**والثانى**: الفساد فى الجميع.

**والثالث**: الفرق بين الحيوان وغيره.

**والرابع**: الفرق بين ما علمه البائع وكتمه، وبين ما لم يعلم[1]، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجرى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالى فى البسيط: إن مجموعها سبعة أقوال:

**أحدها**: صحة الشرط مطلقا.

**والثانى**: فساده مطلقا.

**والثالث**: فساده فيما علمه، وصحته فيما لم يعلمه.

**والرابع**: فساده فيما علمه أو يسهل العلم به.

**والخامس**: فساده فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان.

**والسادس**: فساده إذا أبهم العيب، وصحته إذا عينه.

**والسابع**: فساده فيما سيحدث فى يد البائع إذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه.

**قلت**: وفى الخامس نظر؛ لأنه يقتضى الصحة فى الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد فى غير الحيوان ويصح فى الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به، والسابع صحيح؛ لما سيأتى عن القاضى حسين مع جريان الخلاف مع التبيين

**والثامن**: صحيح أيضا؛ لما سيأتى، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث فى يد البائع إذا ذكر ولو تابعا.

**والوجه التاسع**: بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعى قال على ما حكاه المزنى فى المختصر: إذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة، فالذى أذهب إليه قضاء عثمان بن عفان - رضى الله عنه - أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا، وأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر، وإن صح فى القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره ألا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها، أو يبرأ من كل عيب، والأول أصح.

وهذا النص نقله المزنى من اختلاف العراقيين من الأم، فإن فيه فى باب الاختلاف فى العيب قال الشافعى: وإذا باع الرجل العبد أو شيئا من الحيوان بالبراءة

(١) فى أ: يعلمه.

من العيوب، فالذى نذهب إليه - والله أعلم - قضاء عثمان بن عفان - رضى الله عنه - أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليدا، وأن فيه معنى من المعانى يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيها الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر، فإذا خفى على البائع أتراه يبرئه منه؟ وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه.

وإن صح فى القياس لولا التقليد وما وصفناه من مفارقة الحيوان غيره ألا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا، هذا كلام الشافعى - رحمه الله - فى اختلاف العراقيين، وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزنى عنه وهو قوله: العبد أو شيئا من الحيوان، فإن فيه تصريحا بالتسوية فى ذلك بين العبد الذى يخبر عن نفسه وبينه على العبد الذى به، وبين غيره من الحيوان الذى لا يمكن فيه ذلك، وهذه فائدة جليلة، وليس كما[1] وقفت عليه من اختلاف العراقيين، ذكر الذى قاله المزنى آخرا من أنه يبرأ من كل عيب إذا عرف ذلك فالأكثرون قالوا: إن هذا الكلام من الشافعى يقتضى التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار إليهما بقوله: وإن صح فى القياس لولا ما وصفنا ألا يبرأ أو يبرأ من كل عيب، فهذه ثلاثة أحوال.

ومنهم من منع ذلك وقال: وإن كان الشافعى أشار إلى ذلك ولكنه اختار القول وقال: لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكنى تركت القياس؛ لقول عثمان، والفرق بين الحيوان وغيره.

قال القاضى أبو الطيب.

**قلت**: أنا: قال الشافعى فى كتاب اختلافه ومالك: ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برئ مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبا يجد فيه حجة، وهذا مثل قول أبى حنيفة وقد نص عليه فى هذا الكتاب، وهذا يبطل قول من قال: إن مذهبه لا يختلف فيه، وإنه قول واحد. انتهى.

والجورى نقل هذا النص عن رواية حرملة والماوردى ذكر هذا النص.

---

(١) فى أ: فيما.

وقال ابن خيران وأبو إسحاق لم يخرجا ذلك قولا لإجماله[١].

**قلت**: والإجمال[٢] فيه ظاهر، وقد اختار المصنف فى اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولا له، والمشهور طريقة إثبات الأقوال لما تقدم، وفى الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعى قال فى الكتاب العراقى ببغداد بأنه لا يبرأ إلا من عيب يريه للمشترى، فاستفدنا بهذا النقل إثبات القول بعدم البراءة، وأنه فى القديم.

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الإمام، فإنها لم تفرق بين الحيوان وغيره، وذلك خلاف صريح قول الشافعى وطريقة ابن أبى هريرة محتملة.

ولو ذهب ذاهب إلى طريقة سادسة - وهو أنه فى الحيوان يقطع بالقول الثالث، وفى غير الحيوان قولان:

**أحدهما**: يبرأ مطلقا.

**والثانى**: لا يبرأ مطلقا. لكان ذلك وجها.

وهذه غير طريقة ابن أبى هريرة؛ لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم فى الحيوان.

وهذه الطريقة التى أقولها مقتضاها إجراء القولين فى غير الحيوان فى ما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل فى الحيوان.

ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعى لقضاء عثمان.

وقوله: إنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ.

يعنى كان فيه قولان.

وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذى فيه تقليد عثمان.

والفرق المذكور وهو غير الحيوان بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلا، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى إسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعى، وإنما غاية كلام الشافعى على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع فى الحيوان خاصة، فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب إليها، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعى، وقول الشافعى فى المختصر: والأول أصح، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أى أن القول: إنه لا يبرأ على

---

(١) فى أ: لاحتماله.

(٢) فى أ: والاحتمال.

ذلك التقدير، أصح من القول بأنه يبرأ من كل عيب ولأجل ذلك - والله أعلم - اقتصر عليه فى اختلاف العراقيين، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقا لقضاء عثمان ويكون فى ذلك تقوية؛ لأن فى المسألة ثلاثة أقوال فى الحيوان وقولين فى غيره كما هو الطريقة المشهورة.

**فرع**: قسم الماوردى البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة أضرب:

**أحدها**: أن يبرأ من عيوب سماها ووقف المشترى عليها، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز؛ لأنتفاء الجهالة ولزوم الشرط فى العقد، فإن وجد المشترى بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد، وإن لم يجد إلا تلك فليس له الرد.

**الضرب الثانى**: أن يبرأ من عيوب سماها، ولم يقف المشترى عليها، فهذا على نوعين:

**أحدهما**: أن تكون العيوب مما لا يعاين كالسرقة والإباق، فتصح البراءة فيها[1] بالتسمية؛ لأنها غير مشاهدة، فلم يمكن الوقوف عليها، واكتفى بالتسمية فيها فإن ذكرها إعلام واطلاع عليها.

**والنوع الثانى**: أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح.

فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها؛ لأن لنقص العيب قسطا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملا بها.

**قلت**: وهذا معنى قوله فى المختصر: ولو سماها لاختلافها، وكذلك قوله فى اختلاف العراقيين: ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه.

وكلام الماوردى أن هذا الضرب ليس محل الخلاف.

ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقا إذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وإن لم يقفه عليها بطريق الأولى.

وكذلك إذا كان البرص ونحوه فى باطن فإن الأصح أن يبرأ منه إذا لم يعلمه عند الإطلاق ففى حالة التسمية كذلك، وكذلك قال الرافعى: إنه إن أراه موضع البرص وقدره صح وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقا، وكذلك يقتضيه كلام الإمام والفورانى والمتولى والبغوى، وينبغى أن يحمل كلام الماوردى على هذا المعنى.

قال الرافعى: هكذا فصلوه، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه فى المبيع من العيوب وأما

---

(١) فى أ: منها.

ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان، فقد حكى الإمام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين، يعنى أن العلة فى فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد.

إن قلنا- بالأول صح لانتفاء الجهالة.

وإن قلنا بالثانى فلا، ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برئ من الزنا والإباق والسرقة، وهذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب.

قال: لقلة الجهالة، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعى، ومثل القاضى هذا النوع بإخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع.

**فرع**: ادعى الرافعى أنه لا خلاف فى البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والإباق؛ لأن ذكرهما إعلام، وفى كلام القاضى حسين فى الفتاوى ما يقتضى المنازعة فى هذا الإطلاق، وأنه إن قال: هو آبق وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الإباق، برئ قطعا، ولو قال: لا أعلمه آبقا وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الإباق، قال: فلهذه المسألة مقدمة، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه وجهل كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا.

فإن قلنا: يبرأ برئ هنا.

وإن قلنا لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح؟ على قولين فإن قلنا: يصح ففى صحة الشرط جوابان - وإن قال: بعتكه بشرط أنى برىء من الإباق، ويعنى لو لم يعلم شيئا قال: فالظاهر أنه ليس له رده؛ لأن الشرط إعلام.

وإن قال: لا أعلم هل هو آبقا أو لا، ولم يرد عليه، يعنى ولم يشترط فوجده آبقا فله الرد، ذكر هذه المسائل القاضى حسين فى فتاويه.

**الضرب الثالث**: أن يبرأ إليه من كل عيب من غير أن يسميها، ولا يقف المشترى عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة.

**فرع**: فى الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها.

أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب، وهو مذهب أبى حنيفة فلقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[1] وبأن الإبراء من المجهول صحيح لقوله ﷺ لرجلين

---

(١) تقدم.

تخاصما عنده فى مواريث درست: «أسهما وأوجبا وليحلل أحدكما صاحبه»(١) رواه البيهقى فى كتاب الصلح، وبأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فيصح فى المجهول كالطلاق والعتق، وبأن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرح بالبراءة ارتفع الإطلاق.

والجواب عن الأول أنه روى فى هذا الحديث ما وافق الحق منها، على أن الحديث المذكور فيه كلام.

ومنع بعضهم صحته، ثم هو معارض لقوله ﷺ: «كل شرط ليس هو فى كتاب الله فهو باطل»(٢) ونهيه عن بيع وشرط.

**وعن الثانى**: بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما.

فيقول: من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما، فصحا فى المجهول بخلاف الرد بالعيب.

وأما القول الثانى وهو أنه لا يبرأ من شىء من العيوب إلا بالتسمية والتوقيف فالنهى عن بيع وشرط.

وعن الغرر.

ومن القياس أنه رفق فى البيع لا يثبت إلا بالشرط، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان، ولأنه عيب لم يقف عليه المشترى فيثبت له رد المبيع على صفته كما إذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به، وبأن الإبراء من المجهول لا يصح؛ لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح فى المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد.

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع إلى سببين.

**أحدهما**: التعليل بالجهالة.

**والثانى**: بمخالفة مقتضى العقد، ووضع الشرع فى الرد بالعيب.

فإن قالوا: الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم، انتقض عليهم بالوصية

---

(١) أخرجه البيهقى ٦/٦٦ كتاب الصلح باب ما جاء فى التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح... عن أم سلمة بلفظ «... اذهبا فاستهما وتوخيا ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه».

(٢) تقدم.

والإقرار ففيهما تسليم واجب ويصحان فى المجهول، وفى الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث فى يده من عيب؛ لأنه إبراء من الضمان قبل التسليم، فلم يجز كالإبراء من ضمان جميع الثمن إذا تلف فى يده، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذى هو ظاهر المذهب.

**فرع:** فى الاستدلال للقول الظاهر من المذهب، الحجة فى ذلك ما ذكره الشافعى - رضى الله عنه - من قضاء عثمان - رضى الله عنه - مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى إلى ألا يستقر بيع فى حيوان أصلا، والتمسك به من وجهين:

**أحدهما:** أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت - أيضا - كذلك، وقد قيل: إنه المشترى منه وترافعهما إلى إمام الوقت فى خصومة ويقضى بينهما بقضاء، الظاهر أن ذلك يعسر[١]، ولم يثبت عن أحد منهم الإنكار فكان إجماعا، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف، فإنه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد.

أما علمه فلامتناعه من اليمين.

وأما اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبله.

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل ألا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا.

**قلت:** وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقى أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة، لكن الشافعى - رحمه الله - فى اختلافه مع مالك قال: وقد اختلف عثمان وابن عمر فى العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب، فقضى عثمان على ابن عمر - رضى الله عنه - بأن يحلف ما كان به داء علمته، وقد رأى ابن عمر أن التبرى يبرئهما مما علم وما لم يعلم، قال الشافعى يخاطب من سأله: فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول: عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر. انتهى.

ذكر الشافعى هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه.

فهذا الكلام من الشافعى يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان، وحينئذ

---

(١) فى أ: ينتشر.

يتعذر[١] الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب - وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب، وإن كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك، وهو قائل بخلافه.

نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله.

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عضد قول عثمان - رضى الله عنه - بما ذكره من مفارقة الحيوان [لغيره وعلى هذا الوجه لا نحتاج إلى ذلك وأيضًا لو][٢] كان كذلك لما سماه تقليدا، وأيضا فإنه مشى على أن قول الصحابى إذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالإجماع السكوتى، وفيه نزاع، فإنه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين.

وإن قلنا بأن الإجماع فى السكوت حجة لا سيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وإن كانت ضعيفة، فإن ذلك يخرم الظن بعدم الخالف.

وذكر الإمام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب إلى ساكت قول.

**الوجه الثانى**: من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار إليه من اعتضاد قول عثمان - رضى الله عنه - بالقياس.

ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى [على القديم والجديد على ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردى أما][٣] على القديم فلأن قول الصحابى حجة يقدم على القياس.

وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردى بقياس التحقيق، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة.

ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه، وهذا هو

---

(١) فى ط: يعتضد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

الذى ينبغى أن يكون المراد.

وقد فسر الماوردى فى كتاب الأيمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث:

**أحدها**: أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابى على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر.

وقيده الماوردى بالمنتشر الذى لم يعلم خلافه، وهما قولان:

فى القديم منقولان عن الشافعى فى كتب الأصول - وقال ابن الصباغ: إنه فى القديم حجة، وفى الجديد ليس بحجة إلا أن ينتشر، فاقتضى ذلك أنه إذا انتشر يكون حجة فى الجديد.

وقال الجورى: إن قول الصحابى الذى ليس له مخالف إنما يكون حجة فى الجديد إذا اعتضد بضرب من القياس وإنه فى القديم حجة، فإذا احتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى، وهو أدون الاجتماعات، وأعلى منه الإجماع الذى تعرفه الخاصة كتحريم النكاح فى العدة وأعلى منه، وهو إجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعا، هذا مختصر كلام الجوزى.

وقال البندنيجى فى مقدمة كتاب الذخيرة: قال الشافعى فى أدب القاضى: ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله ﷺ ولم يرد الشافعى أن النبى ﷺ قوله يسمى تقليدا، وإنما أراد قبول قوله فى صورة التقليد - فأما الصحابة فإن قال علماؤها قولا كان حجة مقطوعا على معيتها وإن قال واحد منهم قولا وانتشر فى الباقين فإن صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا، فهو إجماع أيضا، وحجة مقطوع على معيتها إن بلغهم وسكتوا، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا إنكار فإذا انقرض العصر كان حجة - أيضا - مقطوعا على معيتها فى إطلاق اسم الإجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعى إنه لا يسمى إجماعا.

وقال داود، وأكثر المتكلمين: ليس بحجة.

وإن قال واحد منهم قولا ولم ينتشر قال فى القديم: هو حجة، وهو قول مالك وأبى حنيفة، وقال فى الجديد: ليس بحجة فإن قلنا: ليس بحجة - فإن عاضده قياس وإن ضعف - كان قوله مقدما على القياس القوى، وإن لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعى يقدم القياس عليه، ولا يخص بقوله العموم.

وإن قلنا حجة قدم على القياس القوى إلا أن يكون القياس فى معنى الأصل،

فيكون هذا القياس مقدما عليه، وهل يخص به العموم؟ وجهان، هذا فى قول الصحابى على سبيل الفتيا.

أما حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة فإجماع، وإلا فإن انتشر ولم ينكر فالذى سمعت الشيخ يقول: ليس بحجة، وهو بمنزلة قول الواحد إذا لم ينتشر على قولين؛ لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه، فلا يدل السكوت على الرضا، ورأيت أبا على الطبرى فى الإفصاح يقول: هذا حجة قولا واحدا، ولكن هل يقع على معيتها؟ على وجهين.

**أحدهما**: نعم كالفتوى.

**والثانى**: لا، وإذا انتشر قول التابعى فى التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابى فى الصحابة على الأصح وهو قول أبى العباس، هذا تلخيص كلام البندنيجى وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب، ولكن فى كلامه زيادة فوائد، فلذلك رأيت نقله، واختار المصنف على قولنا: إنه ليس بحجة، أنه إذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة؛ لأن كلا منهما بانفراد ليس بحجة.

وقال الصيرفى: يصير حجة، وهو الذى قاله المصنف فى الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردى هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد، وقد قدمت أنه ينبغى تفسير الضعيف بما يكون حجة إلا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابى على القياس القوى، وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف إلا أن يكون فهم عن الصيرفى أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا فى التفسير الذى ذكرته.

وقد رأيت كلام أبى بكر الصيرفى فى كتابه المسمى بالإجماع والاختلاف، وهو يشعر بما قلناه، ويشير إلى أن ذلك تأويل قول الشافعى فى القديم إنه حجة كأنه يرى أنه إذا لم ينتشر ولا يعضده شىء لا يقول الشافعى به فى قديم ولا جديد، وإن اعتضد أو انتشر قال به فى القديم والجديد.

قال القاضى حسين فى أول تعليقته: إنه إذا اقترن بقول الصحابى قياس خفى قدم على القياس الجلى قولا واحدا، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره، ويؤيد قول الشافعى فى اختلاف الحديث، وروى عن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - أنه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجدات، قال: لو ثبت ذلك عن على لقلت به، فإنه لا مجال للقياس فيه، فالظاهر أنه فعله توقيفا.

فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وإن لم يكن ذلك عين المسألة التى نحن فيها، وإنه إنما يرده إذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة، وقد رويناه من طريق المصريين عنه.

وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: قول الصحابى إذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى إجماعا؟ فيه وجهان، وإن لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم، فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلى عليه.

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان:

**أحدهما**: يقدم على قول الصحابى.

**والثانى**: يقدم قول الصحابى عليه، وهو قول أبى حنيفة، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول: إنه يقدم على القياس الجلى، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعا، وفى ترجيح أحد القياسين فالقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره إن لم يكن حجة - أيضا - لم تثبت الدلالة باجتماعهما وإن كان الفرق المذكور كافيا فى القياس وتقدم الحجة، فالحجة فيه لا فى القول المذكور.

والجواب: أن القياس القوى يقتضى ألا يبرأ مطلقا أو يبرأ مطلقا كما قال الشافعي، وقد أشار الشافعي بقوله: وإنه أصح فى القياس، يشير بذلك إلى أن هذا قياس أصح، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان - رضى الله عنه - قوى هو والقياس الصحيح على القياس الأصح.

ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابى حجة أن لا يقوى به لا سيما عثمان وقضاؤه فى هذا.

**الأمر الثالث**: أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعى تقليدا؟ وقبول قول الصحابى على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر.

والجواب أن الواجب اتباعه، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان - رضى الله عنه - وحده، وإطلاق التقليد عليه وحده صحيح؛ لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدرى من أين قاله، وهذان هما حد التقليد، فاجتمع هنا تقليد ودليل، والممتنع عندنا هو

التقليد بغير دليل، والرويانى قال: إنه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد، بل أراد الاستئناس كما قال فى الفرائض أنه قلد زيد بن ثابت فى الإخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس.

**الرابع**: فى قول مالك - رضى الله عنه - فى ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو فى هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها إمامنا الشافعى وغيره، ففى الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطى الله أعلم فى اختلاف الشافعى ومالك فقلت للشافعى: إن لنا كتابا قد صرنا إلى اتباعه، وفيه الأمر عندنا، فقال الشافعى: قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الإجماع بالمدينة أو فى غيرها، وطول الشافعى فى البحث فى ذلك الإيراد، نحو ثلاث ورقات ثم قال: وما كلمت منكم أحدا قط فرأيته يعرف معناها، وما ينبغى لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا إن كان يوجد فيه ما ترون.

**قلت**: وقد قال أبو الوليد الباجى المالكى فى كتابه الذى ألفه[1] فى أصول الفقه، وقد روى إسماعيل بن أبى أويس - رحمه الله - عن مالك بيان قوله: الأمر المجتمع عليه فقال إسماعيل بن أبى أويس: سألت خالى مالكا عن قوله فى الموطإ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لى، فقال: أما قولى: الأمر المجتمع عليه عندنا، الأمر الذى لا اختلاف فيه، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا.

وأما قولى: المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من أهل العلم وأقتدى به، وإن كان فيه بعض الخلاف.

وأما قولى: الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم، فهو قول من أرتضيه وأقتدى به، وما اخترته من قول بعضهم، هذا معنى قول مالك دون لفظه.

قال وتنزيل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها فى الألفاظ يدل على تجوزه فى العبارة، وأنه يطلق لفظ الإجماع، وإنما يريد به ترجيح ما يميل إليه من الرتبة.

التفريع: وقد ذكره المصنف إن قلنا الشرط باطل - ففى بطلان البيع به وجهان.

وقال الإمام: قولان:

---

(١) فى أ: صنفه.

أظهرهما: عند القاضي حسين والإمام والروياني وابن داود والرافعي، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردي، وفي المجموع للمحاملي والتجريد له، وهو من كلام الشيخ أبي حامد أنه ظاهر المذهب، وقال في العدة -: إنه ظاهر قول الشافعي، وهو الذي قدمه المصنف هنا إنه لا يبطل؛ لحديث عثمان رضي الله عنه، فإنه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر؛ لأن الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط؟، واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر- رضي الله عنهم - باليمين أنه ما علم.

نص منه في أن البيع صحيح، وقد يقول القائل بعد ذلك: إنه ليس فيه أن الشرط صحيح، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب، أو في غير الحيوان، لقضى فيه بهذا أيضا، وهذا الاحتمال هو الذي لاحظه صاحب هذا الوجه، والله أعلم.

لكن يشكل عليه قول عثمان: تحلف أنك ما علمت؟ وعندنا وعند صاحب هذا [الوجه][1]لأنا لا نعرف خلافا في هذا - المذهب فيه أن من حلف في العيب في غير هذه المسألة يحلف على البت، ولا يحلف على نفي العلم: فإن خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صريح في صحة البيع، وفي أحد أمرين بعده، إما في صحة الشرط والفرق بين العلم، كما قاله الشافعي، وإما في أن من حلف على نفي العيب يحلف على نفي العلم، فإنه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا إشكالا في التمسك به، الظاهر من المذهب والإمام تمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد؛ لأن الغرض من العقد النفوذ، فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد.

وفرق المتولي بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة، بأن قضية الامتناع من التزام سبب في هذا الشرط أن المبيع لا يكون في ضمانه قبل القبض، والمنقول فيه أن العقد يبطل.

**والوجه الثاني**: وهو الذي قدمه في التنبيه وقال الماوردي: إنه قول جمهور أصحابنا، وقال الروياني وغيره من الأصحاب: إنه القياس، وجزم به الروياني في

---

(١) سقط في ط.

الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب، ولأنه يفضى إلى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عصرون اختار هذا - أيضا - ومال الغزالى إليه، وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشىء.

وإن قلنا: بصحة الشرط فكذلك فى العيوب الموجودة عند العقد، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به، قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم، وقال القاضى حسين: إنه لا خلاف على المذهب فيه، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز، ونقله البغوى عن أبى حنيفة، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه إشارة إلى إلحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها فى اشتراط البراءة عنه، فلا تعتبر بذلك، ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتى تحدث، ففيه طريقان فى تعليقة القاضى حسين:

**إحداهما**: القطع بالبطلان.

**والثانية**: على قولين بالكائنة، وقال الرافعى: فيه وجهان.

**أصحهما**: يذكر.

وقال الأكثرون غيره: إنه فاسد، قال القاضى حسين: ويبطل البيع بهذا الشرط، وصاحب التتمة قال فى هذه الصورة: إنه إذا فسد الشرط فالحكم فى بطلان العقد على ما سبق، يعنى فيصح العقد على المذهب، فإن أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى.

قال الرافعى: ومقتضى ذلك مجىء الخلاف فيه بالترتيب.

وقال الإمام: المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه فى المسألة الأولى يعنى إذا جمع بين الكائنة والتى ستحدث.

وصرح الإمام بثلاثة أوجه:

**أحدها**: صحة البراءة فى العيوب الحادثة مطلقا.

**والثانى**: الفساد مطلقا.

**والثالث**: الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا، وهذا معنى الأولوية التى ذكرها الرافعى، وحيث فرقنا بين الحادث والقديم.

فلو اختلفا فى عيب هل هو حادث أو قديم؟ قال الماوردى: ففيه وجهان من

اختلاف أصحابنا فى اختلاف العلة فيما إذا ادعى البائع فى غير هذه الصورة الحدوث، وادعى المشترى القدم، فالقول قول البائع، فمنهم من قال: إن العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه، فههنا لا يبرأ منه البائع، ويكون القول قول المشترى - ومنهم من قال: العلة أن ما أوجب الإمضاء أولى، فالقول هنا قول البائع، ويمنع المشترى من الفسخ - وإن فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح، ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم، وهما وجهان حكاهما الماوردى، هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه؟ وإن علمه البائع؟ أو ما لم يعلمه لجهله؟ ومقتضى كلام الرويانى نسبة الأول إلى المحصلين من أصحابنا وأنه الصحيح ونسبة الثانى إلى حكاية أبى على فى الإفصاح والقاضى أبى حامد فى الجامع وأنه غلط، والرويانى قال هذا دفعا لمن زعم أن الحيوان يأتى فيه التفصيل بين المعلوم وهو المحكى فى الإفصاح والجامع وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردى لم يتعرض له هل يلحق مأكوله فى جوفه بالجواز قيل: نعم؛ لعسر الوقوف وقال الأكثرون منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والقاضى الرويانى قال: إنه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم، منهم الجرجانى والرافعى وغيرهما لتبدل حال الحيوان، فإن العيب الذى به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذى فى باطن الحيوان، وهذا يمكن بإدخال عود ونحوه، وبأن الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا، فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد: إن قلنا بطريقة الإصطخرى كان فيه قولان، وإن قلنا بالطريقة الأخرى لم يصح الشرط قولا واحدا.

**قلت**: وهذا على الطريقة المشهورة، وتأتى فيه الطرق المتقدمة

**فرع**: قد اجتمع فى الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان، يصح العقد ويفسد الشرط.

قال الإمام والقاضى حسين قبله: وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤية إذا جوزنا بيع الغائب، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها، وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد، كخيار المجلس، وخيار الرؤية.

**قلت**: لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد والأصح هنا صحته عند الإمام والرافعى، فيحتاج إلى الفرق، وأما على ما نسبه الماوردى إلى الجمهور فلا.

قال القاضى حسين: فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة

ورابع وهو التفصيل.

**تنبيه**: عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة، فإن سقط ذلك فى غير الحيوان.

قال ابن أبى عصرون: فالشرط والبيع باطلان، وهذا منه كأنه اختيار لقوله: البطلان، إذا قلنا بفساد الشرط.

أما على القول الذى صححه الرافعى وغيره من أنه إذا فسد الشرط يصح العقد، فينبغى أن يكون كذلك، ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك إذا قلنا بفساد الشرط بالحيوان، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح.

**فرع**: لو شرط ألا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث فيضمانه قال القاضى حسين: يبطل البيع قولا واحدا، وتبعه المتولى فقال: إذا شرط ألا يرد عليه إذا وجد به عيبا فالعقد باطل وعللاه بأنه منع تصرف فى حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة، فإنه بشرط البراءة منع ثبوت الحق، وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر.

وإن ما ذكره القاضى فى شرط البراءة يمكن أن يقال مثله فى شرط عدم الرد ولو اختلفا فى شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشترى فإن قلنا: البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل: القول قول المشترى مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الشرط، وهو قول القاضى أبى حامد، ولم يذكر الرويانى فى البحر غيره، وقال: يحلف أنه لم يعلم ولم يرض.

وإن قلنا: فاسد، ففى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه، وينبغى أن يخرج على الاختلاف فى دعوى الصحة والفساد، ومن المعلوم الظاهر أنه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشترى ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور فى هذه الحالة، ومن جملة الإطلاق أن يقول له: هذه هى العيوب وأبرئنى منها.

وإذا قلنا: بالصحيح فقال المشترى: علمت هذا العيب وكتمته.

وقال البائع: لم أعلم، فالقول قول البائع مع يمينه، فيحلف بالله: بعته وما علمت به عيبا كتمته، بدليل حديث عثمان، قاله فى التهذيب

**فرع**: شغف بعض الوراقين فى هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة: أعلم البائع المشترى أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن

بطلان البيع، والشرط على بعض الأقوال فى شرط البراءة، وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد.

أما أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب؛ لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب فى محل، ومنها ما هو متضاد.

وأما أنه لا يفيد؛ فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والإباق، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة، قصدت التحذير عنها؛ لأن كثيرا [ما يغيرها](1)ولا يجوز للحاكم إلزام المشترى بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وبطلانه، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة، فيفسد العقد على أحد القولين، ويصح على الآخر، ويبرأ من العيب الباطل المجهول فى الحيوان دون غيره.

**فرع**: يختم به الباب، قال النووى فى الروضة: قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف الشرط المقصود، والإقالة والتخالف وهلاك المبيع قبل القبض.

قلت: والتصرية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك، ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند إفلاس المشترى، وله أن يلحقه بالعيب، لكن مثل هذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا، فالوجه جعل ذلك قسما آخر، وبقى عليه - أيضا - الافتراق فى الربويات قبل التقابض، وهو راجع إلى هلاك المبيع، وبقى - أيضا - تعذر إمضاء العقد كما فى اختلاط الثمار، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة، كما تقدم على اختلاف فيها.

وأما الخيار الحاصل بسبب الإجبار فى المرابحة فهو راجع إلى العيب؛ لأنه كالعيب فى المبيع، وقد ذكر المصنف فى التنبيه مسألة الاختلاف فى قدم العيب وحدوثه، وإذا باعه عصيرا أو سلمه، ولم يذكرهما فى المهذب فى هذا الباب، وذكر المسألة الأولى فى باب اختلاف المتبايعين، وسنشرحهما هناك إن شاء الله تعالى، بعون الله وتيسيره.

(١) فى أ: يغتر بها.

# فهرس المحتويات



* * *